Die Haftung des Konkursverwalters.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät der Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Paul Beyer,
Referendar.

Breslau 1911.

Druck der Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. O. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Inhalts-Verzeichnis.

B. Dogmatischer Teil.

Das Deutsche Reichsrecht.

Übersicht.

Der Zweck des Konkurses verlangt es, daß der Gemeinschuldner mit Eröffnung des Konkursverfahrens das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse verliert.

In der Entwickelung des Konkursverfahrens haben alle anderen Bestimmungen, z. B. die Voraussetzung für die Eröffnung des Konkurses, die Zugehörigkeit zu der Konkursgläubigerschaft, Rechte und Pflichten der Konkursorgane, die Konkursorgane selbst, die Bestimmung über die Befriedigung der Gläubiger, gewechselt, nur in diesem einen Punkte blieb man und mußte man festbleiben, wenn man nicht den Konkurs als solchen vernichten wollte. Hielt man so notgedrungen an dem Gedanken des Verlustes des Verfügungs- und Verwaltungsrechtes des Gemeinschuldners fest, so mußte man Sorge tragen, für die Masse ein Verfügungssubjekt zu bestellen, um sie nicht im Rechtsleben als tot erscheinen zu lassen. Alle Konkurssysteme übertragen daher die dem Gemeinschuldner entzogene Gewalt auf andere Rechtssubjekte, die mit dem Gattungsnamen Konkursverwalter bezeichnet sein mögen. Soll das Institut des Konkursverwalters dem allgemeinen Zwecke des Konkurses dienen, das ist gleichmäßige und gerechte Befriedigung aller Konkursgläubiger, so ist dadurch die Ermächtigung des Konkursverwalters zur Geltendmachung fremder Rechte, sei es solcher der Gläubiger, sei es solcher des Kridars, zwar nicht logisch gegeben, aber doch ein Mittel, durch das nicht nur die Reichskonkursordnung, sondern auch die ihr geschichtlich zugrunde liegenden Konkursrechte, das römische, das mittelalterlich-italienische, das gemeine deutsche und das preußische, dieses Ziel zu erreichen suchten.

Im Interesse aller Beteiligten liegt daher eine zweckmäßige Ausübung der Machtbefugnisse des Konkursverwalters. Die Gewährleistung dieses rechtlichen Interesses ist nur durch eine entsprechende Haftung des Konkursverwalters zu erreichen und zu erzwingen.

Nach welchen Grundsätzen sich die Haftung des Konkursverwalters gegenüber den Konkursgläubigern, gegenüber dem Gemeinschuldner und gegenüber anderen bestimmt, soll in der vorliegenden Untersuchung dargestellt werden.

A. Geschichtlicher Teil.

I. Abschnitt.

Römisches Recht.

§ 1. Einleitung.

Die Darstellung der Haftung des Konkursverwalters im römischen Recht stößt auf mancherlei Schwierigkeiten. Justinian hat das Konkursverfahren durch ein umfassendes Gesetz geregelt. Er hat die alten Sätze in seine Rechtsbücher übernommen und durch Verordnung vom Jahre 532 [1]) ergänzt. Diese Verordnung beschäftigt sich aber ausschließlich nur mit der Frage, ob und wie die Chirographargläubiger, die die missio nicht nachgesucht haben, geschützt werden sollen. Um daher ein vollständiges Bild des römischen Konkursverfahrens zu gewinnen, muß man auf die Bestimmungen der älteren Rechte, die sich in den Pandekten finden, Rücksicht nehmen. In den Pandekten gehen zwei verschiedene Konkurssysteme durcheinander. Während die Urtexte das ältere System, die bonorum venditio, als überwiegend voraussetzten, die Pandektentexte aber auf das neuere, den sogenannten Distraktionskonkurs, zugeschnitten sind, so läßt sich kaum eine klare Anschauung gewinnen, weder von dem einen, noch von dem anderen System an sich, noch in ihren wechselseitigen Gegensätzen zu einander. Das dritte System, die cessio bonorum, welches nur eine bessere Stellung des Kridars den Gläubigern gegenüber herbeiführt, entspricht in seinem Verlauf ganz dem Missionsverfahren und kann daher ebenso wie die Verordnung Justinians vom Jahre 532 n. Chr. (1. 10 C. 7, 72) mit ihren oben erwähnten nur geringen Neuerungen, bei den vorliegenden Unter-

---

[1]) l. 10. C. 7, 72.

suchungen unberücksichtigt bleiben, da beide das Bild des römischen Konkursverfahrens bezüglich der Frage nach Haftung des Konkursverwalters nur wenig beeinflußt haben.

§ 2. Rechtliche Stellung des Magister im System der bonorum venditio und seine Haftung gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner.

Das älteste römische Missionsverfahren, welches wir kennen, ist die lex agraria vom Jahre 643 der Stadt. Angeblich vom Prätor P. Rutilius eingeführt. In dieser lex finden wir einen magister neben einem curator[1]).

Der Prätor erteilt unter der Voraussetzung des Vorliegens des im Edikte bezeichneten Tatbestandes die immissio in die Güter des Gemeinschuldners auf die einfache postulatio eines Gläubigers hin. Jedoch führte die missio nicht immer zum Verkauf der Güter. Nie war dies der Fall bei Einweisung in das Vermögen eines in Staatsgeschäften Abwesenden, wenn der absens infolge mangelnder Defension verurteilt wurde.

Aber auch die Insolvenz, welche nach dem Konkursrecht bei physischen Personen allein zum Konkurs führte, wurde weder zur missio bona überhaupt, noch zu venditio bonorum speziell gefordert. Wenn es trotzdem notwendig wird, auf dieses Verfahren einzugehen, so beruht dies nicht nur darauf, daß das Verfahren auch in denjenigen Fällen stattfand, wo heute Konkurs eröffnet würde, sondern auch auf der rechtlichen Beurteilung dieses Tatbestandes. Wird heute materiell geprüft, ob Insolvenz vorliegt, so knüpfte man in Rom an die Existenz der im Edikte aufgeführten Voraussetzungen die Präsumtion der Insolvenz. Da also die tatsächliche Insolvenz und die Präsumtion der Insolvenz gleichgestellt wurde, so ergibt sich, daß das römische Missionsverfahren eben auch nur bei Insolvenz eingeleitet werden konnte. Aus dem Edikt erlangen die Gläubiger nicht juristischen Besitz, noch weniger Eigentum,

[1]) Capt. III, 2, utei curator eius profiteatur; item . . . . . . utei is qui ab bonorum emptore magistro curato reve emerit.

sondern nur custodia, d. h. soviel Befugnis als nötig ist, um das Vermögen vor jeder Minderung zu bewahren[1]). Eine eigentliche Verwaltung des Vermögens ist nur selten nötig, da schon nach 30 Tagen die venditio vorbereitet und nach weiteren 30 Tagen vollzogen wird. Stellt sich aber doch die Notwendigkeit einer solchen heraus, da eilige Maßnahmen zu treffen sind[2]), so wird ex consensu majoris partis creditorum vom Prätor ein curator bestellt[3]), dessen Verfügungen über das Vermögen des Kridars alle rechtsgültig sind[4]), jedoch nur Verwaltung und Verwahrung der Masse betreffen sollen. Sind von der immissio aus gerechnet, 30 Tage verflossen, so treten die Gläubiger auf Befehl des Prätors hin zusammen, wählen einen Magister aus ihrer Zahl, durch den die Güter verkauft werden sollen und setzen die lex bonorum vendendorum fest. Diese lex wird öffentlich bekannt gemacht und bestimmt, wieviel Prozente mindestens der bonorum emptor den Gläubigern von ihren Forderungen zu bezahlen hat. Nach weiteren 30 Tagen, während welcher der Magister die Gläubigerforderungen geprüft hat, sodaß von der immissio an gerechnet, 60 Tage vergangen sind, erfolgt in öffentlicher Versteigerung an den Meistbietenden der Verkauf der Güter durch addictio des Magisters.

Soweit das System. Die Quellen beantworten die Frage nach der rechtlichen Stellung des Magisters nicht. Folgende Erwägungen lassen den Magister als Vertreter der Gläubiger erscheinen.

Der Magister wird aus der Zahl der Gläubiger gewählt. Es bedarf des Magisters nur beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger. Seine Machtbefugnis hat dem Gemeinschuldner und Dritten gegenüber denselben Umfang wie sie beim Fehlen der Gläubigerkonkurrenz einem Einzelgläubiger zustehen würde. Als Magister ist er nur Gläubigervorstand,

1) l. 3,23; l. 10.1 D. 41,2; l. 12 D. 42,4; l. 3,8 D. 43,17.

2) l. 14 pr. D. 42,5.

3) l. 2 pr. D. 42,7.

4) l. 2,1 D. 42,7 quaeque per eum acta factaque gestaque sunt, rata habebuntur.

d. h. er selbst ist Gläubiger und handelt nur aus Gläubigermacht. Was ihm an Macht zugefügt wird, ist nur seine Befreiung von der durch den Konkurs der Gläubiger sich ergebenden Beschränkung seiner Verfügungsmacht als Einzelgläubiger, aber nicht mehr.

Er kann daher bei der Befriedigung der Gläubiger nicht als Stellvertreter des Gemeinschuldners handeln. Es wäre zwar die Veräußerung der Masse durch den Magister für den Gemeinschuldner bindend, auch wenn der Magister Vertreter des Gemeinschuldners wäre, aber eine Befriedigung der Gläubiger, zu denen der Magister doch auch gehört, durch diesen als Vertreter des Gemeinschuldners wäre mit seiner rechtlichen Stellung nicht in Einklang zu bringen. Der Stellvertreter ist nie zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit sich selbst befugt, mag seine Ermächtigung zur Stellvertretung auf dem Willen der Vertretenen oder obrigkeitlicher Ernennung beruhen. Bei der Verteilung des Erlöses kann daher der Magister nicht Vertreter des Gemeinschuldners sein. Cujacius[1]) sagt folgendes: „Das ganze Verfahren der bonorum venditio ist auf die immissio und einer den Gläubigern erteilten Verkaufsermächtigung aufgebaut. Eine besondere Verteilungsermächtigung ist weder nötig noch tatsächlich vorhanden. Die Gläubiger handeln sowohl bei der Veräußerung als auch bei der Verteilung aus eigenem Recht und nicht als Vertreter der Gemeinschuldner."

Handelt somit bei der Veräußerung und Verteilung der Masse die Gesamtheit der Gläubiger aus eigenem Recht, so kann der Magister, der dem Gemeinschuldner gegenüber als der Gläubiger auftritt, welcher die durch den Konkurs unter die einzelnen Gläubiger verteilte Verfügungsmacht in sich vereinigt, nicht aus fremden Recht handeln. Der Magister kann daher auch aus diesem Grunde nur Vertreter der Gläubiger sein. Lex 57 pr D 50,16 bestimmt die Haftung des Magisters gegenüber den Konkursgläubigern mit den Worten: Cui praecipua cura rerum

---

[1]) l 14, D 42,5 comm. zu dit. Dig. de V. S. ed. Neap. V, 774 B.

incumbit et qui magis quam ceteri diligentiam et sollicitudinem rebus, quibus praesunt debent, hi magistri appellantur. Diese Ansicht stützt sich auf Cujacius, der diese Magister dieser lex auch auf den Konkursmagister bezieht, und dies aus der Stellung der lex im Ediktssystem schließt[1]). Die lex bestimmt, daß die Magister für die Angelegenheiten, quibus praesunt für omnis culpa haften, da der Konkursmagister als Vertreter der Gläubiger die Sachen der Gläubiger führt, so haftet er den Gläubigern gegenüber für omnis culpa.

Die Haftung des Magisters gegenüber dem Gemeinschuldner ist auf einen geringeren Grad festgesetzt, als seine Haftung gegenüber den Gläubigern. Sie ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Der Magister ist selbst Gläubiger und Magister nur in seinem Verhältnis den Gläubigern gegenüber. Dem Schuldner gegenüber ist er gewissermaßen der Gläubiger, da durch die Vereinigung der gesamten Gläubigermacht in seiner Person die Konkurrenz der übrigen Gläubiger ausgeschaltet ist. Er haftet daher dem Gemeinschuldner gegenüber in gleicher Weise wie die Konkursgläubiger ihm haften. Gemäß l. 9, 5 D. 42, 5 haften die Gläubiger dem Gemeinschuldner für dolus und somit auch, wegen der Gleichstellung der culpa lata mit dolus, für dolus und culpa lata. Die Bestimmungen dieser lex müssen wegen ihrer Stellung im Ediktskommentar[2]) und wegen der in der Einleitung dargestellten eigenartigen Ueberlieferung des römischen Konkursverfahrens sich auf die Gläubiger des alten wie des neuen Systems beziehen. Der Magister haftet daher dem Gemeinschuldner gegenüber für dolus und culpa lata.

---

[1]) Cujacius c. l. VIII, 533 ebenso notae zu Dig. lib. 50, ed. Neap. X, 591).

[2]) Ulpian l. 42 ad edictum.

§ 3. Rechtliche Stellung des Kurator im System der bonorum venditio und seine Haftung gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner.

Die Darstellung der rechtlichen Stellung des Kurators wird wesentlich erschwert durch die Überlieferungsweise des römischen Konkursverfahrens. Nur schwer läßt sich unterscheiden, ob die Bestimmungen der Stellen, welche von einem Kurator schlechthin sprechen, sich auf den Kurator des alten oder des neuen Systems oder auf beide beziehen.

Der Kurator ist der Vertreter des Gemeinschuldners. Diese Ansicht ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Wenn eine verwaltende Handlung hinsichtlich des Vermögens des Gemeinschuldners nötig wäre und nur ein Gläubiger da wäre, so könnte der Gläubiger diese verwaltenden Handlungen selbst doch nicht vornehmen, denn wollte man dem Einzelgläubiger diese Macht geben, warum dann nicht bei einer Mehrheit von Gläubigern auch dem Magister? Dann wäre aber die Institution des Kurators einfach überflüssig. Die Quellen bestimmen aber ausdrücklich, daß in jedem Falle, wo verwaltende Handlungen für das Vermögen des Gemeinschuldners nötig werden[1]), ein Kurator bestellt werden muß. Also muß der Kurator Vertreter des Gemeinschuldners sein. Dies ist auch ganz sinngemäß, denn die Konkursgläubiger haben nur custodia, d. h. nur Rechte, die sich darauf beziehen, das Vermögen des Kridars zu bewahren und zu erhalten. Wie könnten die Gläubiger ihm eine cura übertragen, die sie selbst nicht besitzen? Wie könnte der Kurator die Gläubiger in Rechten vertreten, die ihnen selbst nicht zustehen? Der Schuldner bleibt Eigentümer seines Vermögens. Nur die Verwaltungsbefugnis bleibt ihm bis zum Abschluß der bonorum venditio vom Prätor durch das Immissionsedikt entzogen. Die allgemeine Befugnis zur Verwaltung der Güter ruht gewissermaßen beim Prätor, der sie aber auch nötigenfalls wieder auslösen und als cura für den Schuldner einem

[1]) l. 14 pr. D. 42, 5.

anderen übertragen kann. In der Macht des Prätors hätte es gelegen, schon im älteren Konkursrecht sein Edikt so zu gestalten, daß auch die Verwaltungsbefugnis auf die Gläubiger übertragen worden wäre. Dies ist nicht der Fall. Erst die historische Entwickelung hat im Distraktionskonkurse diese Gestaltung des Konkursverfahrens herbeigeführt. Daher nimmt notwendigerweise der Kurator in diesem Konkursverfahren eine andere rechtliche Stellung ein, wie in dem Distraktionskonkurs.

Die Haftung des Kurators gegenüber den Konkursgläubigern ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Die Uebernahme der cura ist im allgemeinen keine Bürgerpflicht. Nur in einigen ganz bestimmten Fällen kann ein römischer Bürger auch gegen seinen Willen gezwungen werden, eine cura auf sich zu nehmen. Lex 2, 3 D. 42, 7 lautet: Quaeritur, an invitus curator fieri potest: et Cassius scribit neminem invitum cogendum fieri bonorum curatorem, quod verius est, voluntarius itaque quaerendus est, nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus crearetur. Die Gläubiger müssen sich daher mit dem Kurator notgedrungenerweise vorher ins Einvernehmen setzen, um dem Prätor ihn als eine Persönlichkeit vorschlagen zu können, welche die cura auf sich zu nehmen bereit ist. Es liegt also ein mandatsähnliches Verhältnis vor. Für diese Annahme spricht auch die l. 22, 10 D. 17, 1[1]) Diese lex stammt aus einem Ediktskommentar[2]) und will man sich auch mit ihrer Ausdehnung auf den Kurator älteren Stils nicht einverstanden erklären, so gibt sie durch die Analogie einen Einblick, in welcher Weise die römischen Juristen sich das Verhältnis zwischen Kurator und Gläubigern dachten. Wie kann sich aber Mandat mit Kuratel vertragen? Die Frage ähnelt der neuerdings so reichlich erörterten Frage über das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zu der ihn beauftragenden Partei. Sie ähnelt ihr, aber sie

1) si curator venditomen quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit . . . . competere adversus eum mandati actionem,

2) Paulus l. 32 ad. ed.

fällt nicht ganz mit ihr zusammen. Was beim Gerichtsvollzieher die Mandatstheorie hervorrief: die absolute Abhängigkeit seines Tätigwerdens vom Auftrage der Partei ist hier auch vorhanden, mit dem Unterschiede aber, daß, wenn der Kuratur erst einmal das Mandat übernommen und die obrigkeitliche Ernennung erlangt hat, er dann von jeglichem Willen der Gläubiger losgelöst ist. Die Entfaltung staatlicher Zwangsgewalt spricht beim Gerichtsvollzieher am meisten gegen die Mandatstheorie, dasselbe ist auch beim Kurator der Fall. Er entfaltet ebenfalls eine Tätigkeit, die den Gläubigern als solchen niemals zusteht und leitet ebenfalls seine Machtbefugnis aus seiner amtsähnlichen Stellung her. Da die positive Gesetzesvorschrift l. 22, 10 D. 17, 1 aber bestimmt, daß die Konkursgläubiger die Mandatsklage gegen den Konkursverwalter haben sollen, so ist die Konstruktion des rechtlichen Verhältnisses zwischen Kurator und Konkursgläubiger für die vorliegende Untersuchung weniger wichtig. Der Mandatar, in unserem Falle der Kurator, ist verpflichtet, den übernommenen Auftrag, hier Verwaltung des Vermögens des Gemeinschuldners, sachgemäß auszuführen und haftet nicht nur wegen Arglist, sondern wegen jeder Nachlässigkeit[1]), mag er den Auftrag schlecht oder garnicht ausgeführt haben[2]). Der Kurator haftet also den Konkursgläubigern gegenüber für omnis culpa.

Lex 9,5 D. 42,5 bestimmt die Haftung des Kurators gegenüber dem Gemeinschuldner. Die Bestimmungen dieser lex sowohl auf den Kurator des alten als des neuen Systems zu beziehen, rechtfertigt ihre Stellung im Ediktskommentar[3]). Die cit. lex bestimmt, daß der Kurator nur für dolus und culpa lata dem Gemeinschuldner haftet[4]). Durch die Be-

---

[1]) l. 23 D. 50, 17; l. 8, 10; l. 10, 1; l. 22 D. h. t.

[2]) l. 5, 1; l. 8, 4; l. 10, 22; l. 22, 11; l. 27, 2 D. h. t.

[3]) Ulpian l. 42 ad. ed.

[4]) et apparet eum non teneri, quia dolo malo caret eritque melior eius conditio quam in pignoris creditoris, qui non tantum dolum malum, verum culpam quoque debet. eadem causa est curatoris bonorum, nam et is tenetur, ut creditores.

stellung des Kurators erhält der Gemeinschuldner nicht größere Garantien guter Verwaltung, als wenn die Gläubiger dieselbe selbst führen würden. Allerdings wird die besondere Haftung des Kurators gegenüber den Konkursgläubigern tatsächlich auch dem Kridar zum Vorteil gereichen, einen rechtlichen Anspruch, um sie erforderlichenfalls geltend zu machen, hat er aber nicht. Der Kurator haftet dem Gemeinschuldner gegenüber nur für dolus und culpa lata.

§ 4.

Rechtliche Stellung des Kurator im System der distractio bonorum und seine Haftung gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner.

Durch einen Senatsbeschluß, welcher schon Neratius und Gajus bekannt war[1]), wurde eine zweite mildere Form des Konkurses zuerst für Personen senatorischen Ranges eingeführt, dann auch auf andere personae clarae ausgedehnt und endlich ohne Einschränkung auf alle Personen aller Stände zugelassen. Um den infamierenden Verkauf des gesamten gemeinschuldnerischen Vermögens an einen bonorum emptor zu vermeiden, wurde ein Kurator eingesetzt, durch welchen das Vermögen im einzelnen verkauft und aus dem Erlöse den Gläubigern ihre verhältnismäßige Befriedigung verschafft wurde. Es bleibt zweifelhaft, da die Quellen schweigen, ob die Gläubiger die Wahl haben, die bonorum venditio oder die bonorum distractio in Lauf zu setzen. Jedenfalls haben diese beiden Systeme nebeneinander lange fortbestanden. Wie lange dies der Fall war, läßt sich schwer angeben. Theophilus bringt das Aufhören der bonorum venditio mit dem Untergange der conventus in Verbindung[2]). Wie dies aber zusammenhängt, ist nicht ersichtlich. Der Wirkungskreis des Kurators wurde einerseits erweitert durch die neuen Aufgaben, die durch die Änderung des Verfahrens an ihn herantraten, andererseits fielen ihm auch jetzt Geschäfte

---

1) Gajus l. 5 D. 27, 10; Neratius l. 9 D. 27, 10.

2) Theophil. ad pr. J. III, 12.

zu, die im alten Verfahren dem Magister zugestanden hatten. Der neue Kurator vereinigt gewissermaßen die Funktionen des ehemaligen Magister und alten Kurator in seiner Person.

Der Kurator vertritt die Gläubiger. Die Stellung der Gläubiger gegenüber dem Vermögen des Gemeinschuldners in diesem Verfahren hat sich geändert. Im alten Verfahren ruhte die Masse des Vermögens gewissermaßen bis zur bonorum venditio, deshalb standen dem Magister als Gläubigervertreter nur die Machtbefugnisse zu, welche nötig waren, um die Masse als solche im Interesse der Konkursgläubiger zu erhalten. Für alle anderen Maßnahmen wurde dem Schuldner ein Kurator gesetzt. Der Gedanke, daß das Recht der Gläubiger nur auf den Gesamtverkauf hinauslief und daher die Masse nur als solche erhalten bleiben sollte, machte seine Geltung im alten Verfahren stets bemerkbar. Jetzt wird es anders. Die Gläubiger erhalten die Gesamtverfügungsmacht über das Vermögen. Diese Auffassung bestätigt auch l. 5 D. 42,7. Die Gläubiger können privato consilio zusammenkommen und aus ihrer Mitte einen Kurator wählen, per quem bona distrahuntur. Wie könnten sie ihm Rechte übertragen, die sie selbst nicht besitzen? Die Wahl eines Kurators ist eben nur deshalb nötig, damit ein ausführendes Organ da ist, welches die Befugnis aller Gläubiger, die eben durch die Konkurrenz der Gläubiger geteilt ist, wieder in sich vereinigt und so zur Geltung bringen kann. Ferner sagt die lex, daß ein Gläubiger, der sich erst nach der Wahl des Kurators meldet, mit dem Kurator zusammen die bona debitoris verkaufen kann. Anwesenheit des Kurators und eines Gläubigers vertragen sich also und das ist nur daraus erklärlich, daß hier nur der Kurator die Interessen der anderen Gläubiger wahrnimmt, die notwendiger Weise nicht verkaufen können, da sie ja durch ihn vertreten werden, während der später angemeldete Gläubiger sein eigenes Recht ausübt. Wie könnte er verkaufen, wenn die Gläubiger dieses Recht nicht als ihr eigenes ausüben würden? Nur wenn es sich um die Ausübung von Befugnissen der Gläubiger, folglich um ihre Vertretung durch den Kurator handelt, ist

es verständlich, daß die Möglichkeit und Notwendigkeit, durch ihn vertreten zu werden, an die Bedingungen rechtzeitiger Anmeldung geknüpft wird.

Auch die Stellung des Kurators im Prozeß weist darauf hin, daß er Vertreter der Gläubiger ist. Der älteste uns bekannte Zivilprozeß ließ Stellvertretung grundsätzlich nicht zu. Es galt vielmehr die Regel nemo alieno nomine lege agere potest[1]. Später entstanden zwei Arten von Stellvertretern, der Prokurator und der cognitor. Die Unterschiede zwischen beiden sind mehrere. Hier interessiert nur die verschiedene Kautionspflicht und zwar nur die des klägerischen Vertreters, denn defendieren kann niemand ohne satis datio iudicatum solvi. Der Prokurator mußte satis dare ratam rem dominum habiturum, der cognitor war von jeder Kautionspflicht befreit. Es standen nun die Güterpfleger in Bezug auf die Vertretung im Prozeß prinzipiell nicht den Kognitoren sondern den Prokuratoren gleich. Erst allmählich erlangten auch sie das Kautionsprivileg. Dagegen schien der curator bonorum ausnahmsweise sehr früh, vielleicht immer dieses Privileg besessen zu haben. Ulpian würde ihn nicht mit dem cognitor in rem suam verglichen haben ohne anzudeuten, daß es sich früher anders verhielt[2]. Diese lex stammt aus dem 65. Buche von Ulpians Ediktkommentar, da dort vom curator bonorum gehandelt wird, so muß sich auch diese Bestimmung auf den curator bonorum beziehen. In den Pandekten wird der curator mit dem procurator in rem suam verglichen. Da aber die Worte „procuratore in rem suam" und „procuratori litem movendam" wie man mit Lenel[3]) und Seuffert[4]) annehmen darf, interpelliert sind für cognitore in rem suam usw., so bezog sich der Vergleich bei Ulpian auf den cognitor und curator. Diese Interpellation war möglich, weil in der Folge der procurator in rem suam und der cognitor in rem suam sich in ihrer

1) l. 123 D. de. R. J. 50,16.

2) l. 55 D. 3,3.

3) edictum perpetuum S. 350.

4) a. l. c. S. 15, an. 48.

prozessualen Stellung nicht mehr unterschieden und somit durch die Vertauschung der beiden Bezeichnungen eine Änderung des Sinnes des Vergleiches nicht stattfand. Curator und cognitor sollen die gleiche Stellung im Prozeß haben und das läßt sich nur durch den Umstand erklären, daß dem dominus in beiden Fällen die direkten Klagen versagt sind. Daß die Gläubiger domini sind, geht daraus hervor, daß ein einzelner Gläubiger im besonderen Falle mit dem Kurator zusammen bona debitoris verkaufen kann. Wenn der curator Vertreter des Gemeinschuldners wäre, so ist es nicht erklärlich, warum der curator nicht Kaution leisten muß, daß die Gläubiger, die vor seiner Ernennung Klagerecht hatten, nicht davon Gebrauch machen. Die prozessuale Stellung als cognitor könnte ihm offenbar nur für das Verhalten des Vertretenen zugute kommen. Nun besagt aber lex 2,1 D. 42,7, daß der Prokurator, welcher den curator bonorum im Prozeß vertritt, Kaution leisten müsse, daß der Kurator, nicht aber der Gemeinschuldner sich dem Urteil fügen wird. Hierin liegt folgendes: Kaution, daß der Gemeinschuldner nicht mehr klagt oder sich unterwirft, ist nicht gefordert und sie genügt auch nicht. Und sie würde genügen, wenn der Kurator dessen Vertreter wäre, denn, wenn nun ein Gläubiger als Vertreter des Kridars klagte, so würde sie, wenn der Konkurs noch besteht, auch fällig; ohne Konkurs wäre er garnicht zur Klageerhebung legitimiert. Daher vertritt der Kurator die Konkursgläubiger.

Die Frage bezüglich der Haftung des Kurators gegenüber den Konkursgläubigern beantwortet l. 22,10 D 17,1[1]) Die Schwierigkeit, das Nebeneinanderbestehen des Mandats- und Kuratelverhältnisses juristisch als möglich erscheinen zu lassen, die sich bei dem alten Kurator ergab, da da dieser Vertreter des Gemeinschuldners war, entsteht hier nicht, denn der Kurator ist Vertreter der Gläubiger. Der Gesetzgeber hat aber trotz des Namens Kurator bestimmt, daß seine Haftung auf einem Mandatsverhältnis und nicht

[1]) creditoris...... competere adversus eum mandati actionem.

auf der cura beruhen soll, ein Gedanke, der wohl darin seinen Ursprung findet, daß man sich immer noch nicht bewußter oder unbewußter Weise dazu hat entschließen können, alle Folgerungen aus der jetzt veränderten Stellung der Gläubiger und so auch ihres Vertreters der Masse gegenüber zu ziehen.

Die Haftung des Kurators gegenüber dem Gemeinschuldner bestimmt die l. 9,5 D 42,5. Der Kurator haftet dem Gemeinschuldner nur für dolus und culpa lata.

Bei der Darstellung der Haftung sowohl des Magisters als auch des Kurators älteren und neueren Systems gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner ist nur die Haftung für Handluugen innerhalb ihrer Befugnisse berücksichtigt worden. Es lassen sich nun auch Fälle denken, daß sie tatsächlich außerhalb ihrer Macht als Konkursorgane handeln. Beim Magister lassen sich solche Fälle leicht konstruieren, da ihm jegliche Verwaltungsbefugnis abgeht, beim Kurator könnten sie, da er während des Konkurses volle Verwaltungsmacht hat,[1]) leicht nach dem Konkurse eintreten. Beide würden durch die irrtümliche Annahme, daß diese Handlung innerhalb ihrer Befugnisse als Konkursorgane liege, nicht gedeckt sein. Ignorantia iuris nocet[2]). Da dann aber ihre Stellung als Konkursorgane bezüglich der Tatsache, daß sie in fremden Angelegenheiten tätig waren und so Verpflichtungen für sich, als auch für den, in dessen Interesse sie tätig waren, erzeugt haben, nicht in Betracht kommt, sondern sie den Interessenten lediglich als Dritte gegenüberstehen und aus der negotiorum gesti haften, so kommt dieses Haftungsverhältnis für die vorliegende Aufgabe nicht in Betracht.

§ 5. Haftung des Magister und Kurator gegenüber anderen.

Die Haftung dieser Konkursorgane anderen Personen gegenüber wird durch die Bestimmungen des römischen

[1]) l. 2,1 D. 42,7.

[2]) l. 22,6 C. 1,18 de iuris et facti ignorantia; l. 2,9 pr. § 5 D. h. t.

Rechtes hinsichtlich der Stellvertretung in eigenartige Bahnen gelenkt. Das römische Recht kennt den Grundsatz der direkten Stellvertretung nicht, allerdings ist es nicht imstande gewesen, diesen Grundsatz ohne Ausnahme durchzuführen. Die Möglichkeit des Erwerbes des Besitzes und dadurch des Eigentums, durch einen anderen[1]), sowie der Umstand, daß in gewissen Fällen durch einen anderen auch ein Pfandrecht erworben und eine Erbschaft angetreten werden kann[2]), stellen wichtige Durchbrechungen dieses Grundsatzes dar. Das Negieren der Zulässigkeit der direkten Stellvertretung hängt aufs engste zusammen mit der Ansicht des römischen Rechtes, daß das Wesen der Obligation ein Rechtsverhältnis ist, daß sich von dem Gläubiger und Schuldner nicht trennen läßt[3]), Ein Vertrag, durch den jemand die Leistung eines Dritten verspricht, ist nichtig, und dies beruht darauf, daß der Dritte nicht verpflichtet werden kann, der Promittent aber nicht verpflichtet werden will[4]). Es blieb also nur der Ausweg, daß derjenige, welcher für einen Dritten als Geschäftsführer auftreten wollte oder mußte, sich selbst die Leistung versprechen ließ und sich selbst verbindlich machte, darauf zwischen ihm und dem Vertretenen ein Ausgleich geschaffen wurde. Diesen Grundsatz konnten auch die Konkursorgane nicht umgehen, wenn auch für sie gewisse Durchbrechungen dieses Grundsatzes und somit gewisse Erleichterungen zugestanden wurden. Der Magister und Kurator älteren wie neueren Systems ist gezwungen, alle Geschäfte im eigenen Namen abzuschließen, sodaß das Geschäft zunächst nur für ihn wirkt und er daraus berechtigt und verpflichtet wird. Jedes Konkursorgan wird somit persönlicher Vertragsschuldner und haftet seinem Gegenkontrahenten jedesmal für diejenige Sorgfalt persönlich, die das gerade vorliegende Rechtsgeschäft verlangt. Diese harten Folgerungen, welche sich aus der strengen Durchführung des Grund-

[1]) l. 41 D. 41,3; l. 1 C. 7,32; l. 20,2 D. 41,1.

[2]) l. 11, 6 D. 13, 7; l. 3 C. 4, 27.

[3]) l. 11 D. 44,7; l. 38,17 D. 45,1.

[4]) l. 38 pr., l. 83 pr. D. 45,1; § 3 J. 3,19.

satzes der indirekten Stellvertretung ergeben, werden nicht nur für die curatores und tutores pupillorum, sondern auch für den Magister und die Kuratoren des Konkurses abgeschwächt, allerdings nur bezüglich der persönlichen Haftung, nicht aber hinsichtlich des Grades der Haftung, welche das betreffende vorliegende Geschäft verlangt. Letzteres wäre auch gegenüber dem Gegenkontrahenten unbillig gewesen und durch nichts zu rechtfertigen. Für die Güterpflege gelten die Grundsätze von der Vormundschaft[1]). Alle Erleichterungen, welche den Kuratoren pupillorum bezüglich ihrer persönlichen Haftung Dritten gegenüber zugestanden werden, erhalten auch die Konkurskuratoren. Was also im folgenden vom Kurator als Kurator eines pupillus ausgeführt wird, gilt in gleicher Weise für die Konkurskuratoren und den Magister. Die leges l. 15 C. 5,37; l. 26 C, 5,37; l. 1 C. 5,39 bestimmen, daß gegen Kuratoren nach Beendigung ihres Amtes nicht mehr geklagt werden kann hinsichtlich der Verpflichtungen, die sie während ihrer Amtszeit und als ihre Amtspflicht auf sich genommen haben. Für die Erleichterung der persönlichen Haftung der Kuratoren bestehen aber zwei Voraussetzungen:

1. Der Kurator muß in den Grenzen seiner Pflicht gehandelt haben, d. h. die von ihm übernommene Verbindlichkeit muß eine derartige sein, daß er schon das Mündel wegen seiner Befreiung in Anspruch nehmen kann[2]). Alle Verbindlichkeiten, deren Eingehung über die ihm zustehende Verwaltung hinausgeht, sind daher ausgeschlossen[3]).

2. Der Vormund muß als solcher den Vertrag abgeschlossen haben, d. h. dem Dritten muß die Absicht des Kurators, den Akt des Vertragsabschlusses lediglich als Vertreter des Mündels zu vollziehen, kundbar geworden sein. Denn wenn einerseits der Vormund sich selbst verpflichten wollte, so liegt kein Grund vor, ihn der Obligation zu entheben, der er sich aus freiem Entschlusse unterworfen hat.

[1]) L. 1, 22 D. 37,9; l. 8 D. 27,10; l. 3 C. 8,50.

[2]) l. 6 D. 27,4.

[3]) l. 22 D. 26,7; l. 1 § 1 u. § 2 D. 27,3.

Andererseits aber kann auch dem Gegenkontrahenten statt des Vormundes nicht als Mündel untergeschoben werden, wenn in dem Vertrage keine Hinweisung auf letzteres stattgefunden hat[1]).

Während der Amtsdauer wurde gegen den Kurator die Klage nur insoweit zugelassen, als das verwaltete Vermögen beträgt[2]). In dieser lex wird aufs schärfste unterschieden, ob der Kurator sich persönlich durch das Dotalversprechen verpflichtet, oder ob er es nur als Vertreter geleistet hat. Im ersteren Falle kann sich der Kurator der unbeschränkten Haftung nicht dadurch entziehen, daß er sich auf Zahlungsunfähigkeit des Vertretenen beruft. Im zweiten Falle wird ihm insoweit, als das Vermögen des Vertretenen nicht reicht, eine Einrede gegeben und von dem Mündel Kaution verlangt, daß es den Rest bezahlen werde, wenn es zu größerem Vermögen kommen sollte.

Man könnte noch die Frage aufwerfen, wie gestaltet sich das Haftungsverhältnis dieser Konkursorgane Dritten gegenüber, wenn sie irrtümlicherweise ihre Befugnisse überschreiten. Ignorantia iuris nocet[3]). Sie verlieren die dargestellte Haftungserleichterung und haften als Selbstkontrahenten hinsichtlich der Höhe der Haftung persönlich unbeschränkt, hinsichtlich des Grades nach Maßgabe des vorliegenden Rechtsgeschäftes.

Schließlich besteht noch die Frage: wie steht es mit der Haftung dieser Konkursorgane Dritten gegenüber bei Verbindlichkeiten, die entstanden sind, infolge einer unerlaubten Handlung (sit venia verbo, da das römische Recht diesen Begriff nicht kennt)? Voraussetzung ist hierbei, daß es solche Handlungen sind, die das Konkursorgan als solches vorgenommen hat, d. h. innerhalb seiner Machtbefugnisse in Ausübung des ihm übertragenen Rechtes. Ansprüche aus Handlungen, die vollkommen außerhalb seiner Stellung als Konkursorgan erfolgt sind, kommen bei dieser Frage nicht

[1]) l. 5,1 D. 26,9.

[2]) Arg. l. 43,1 D. 26,7.

[3]) l. 22,6 C. 1,18 de iuris et facti ignorantia; l. 2,9 pr. § 5 D. h. t.

in Betracht. Für derartige Handlungen treten die ausgeführten Erleichterungen der persönlichen Haftung nicht ein. Das Konkursorgan haftet allein und persönlich nach Maßgabe der Grundsätze des römischen Rechtes der außerkontraktlichen Haftung für dolus und culpa[1]). Hierbei ist aber zu beachten, daß die actio doli dolus, die actio legis Aquiliae, die Verletzung einer bestimmten Sache voraussetzt und nicht bei einer allgemeinen Vermögensminderung gegeben ist. Bereicherungen jedoch muß die Masse herausgeben[2]).

II. Abschnitt.

Italienisch-mittelalterliches Recht.

§ 6. Der Konkursverwalter im italienischen Konkursrecht.

Aus dem altitalienischen Arrestprozeß, der seinen Ursprung aus dem eigenmächtigen Pfändungsrecht der lombardischen und lombardisch-fränkischen Rechte herleitet, ist der italienisch-mittelalterliche Konkursprozeß entstanden[3]). Lag eine causa arresti vor, so konnte der Gläubiger beim Gericht durch einseitigen Nachweis seiner Forderung ein Arrestmandat beantragen. Der Gläubiger konnte wahlweise ein die Person des Schuldners oder dessen gesamtes Vermögen oder nur einzelne bestimmte Vermögensstücke treffendes Arrestmandat anfordern. War der Schuldner fluchtbereit, so wurde gegen ihn meist ein Arrest ausgebracht, welcher seine Person und sein ganzes Vermögen umfaßte. Ging der Schuldner flüchtig und gelang es ihn zu verhaften, so war dieser Arrest sogleich der den Konkurs eröffnende General-Arrest, da nach Gewohnheitsrecht der flüchtige Schuldner als Insolvent behandelt wurde[4]). Die Glossatoren und Postglossatoren haben in Unkenntnis der historischen Entstehung diese Beschlag-

---

1) l.3 D. 26,9; l.13,7 D. 19,1.
2) l. 15 pr. §§ 1 u. 2 D. 4,3.
3) Wach, a. l. c. §§ 1—10.
4) Wach, a. l. c. § 25, 1.

nahme als Weiterentwickelung der römischen missio in possessionem aufgefaßt, und so, indem sie noch die missio qui fraudationis causa latitat und die missio gegen den indefensus und die missio gegen den iudicatus mit einander vermengten, unter Hineintragung von römischen Grundsätzen ein neues Konkursverfahren geschaffen [1]).

Die Aufgaben des Konkurses waren, verglichen mit dem römischen Konkurs der bonorum distractio nicht besonders vermehrt worden. Neu ist die öffentliche Kundgebung des Gerichtes zur Anmeldung der Forderungen. Würde dies versäumt, so tritt für diesen Konkurs Präklusion ein. (Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, § 13.) Die Aufgaben der verschiedenen Personen sind jedoch ganz anders verteilt. Der Geschäftskreis des Kurators oder der Kuratoren ist im Vergleich zum curator distractio bonorum sehr beschränkt, der des Gerichtes und der Gläubiger sehr erweitert worden. Während in Rom das Gericht nur prozeßleitende Gewalt hatte, fällt ihm jetzt neben der Leitung auch ein Teil der Ausführung zu: Die Sicherung des Vermögens und Inventaraufnahme. Zu diesem Zwecke zieht es die Bücher ein und erläßt einen offenen Arrest, welcher für jeden, welcher Güter des Schuldners im Besitz hat, eine Anzeigepflicht bedingt. Den Gläubigern stand hinsichtlich der Verwaltung, hauptsächlich die Prozeßführung zu. Die Einzelheiten werden bei den Statuten der verschiedenen Städte dargestellt werden.

Name, Bestellung, Befugnisse und Pflichten der Konkursverwalter, welche uns in den einzelnen italienischen Konkurssystemen entgegentreten, sind von der mannigfachsten Verschiedenheit.

Bei Durantis [2]) finden wir in demselben Verfahren curatores bonorum in verschiedener Stellung, die nur den Namen gemeinsam haben. Erscheint der vor Gericht geladene Schuldner nicht, so erhält der Gläubiger die missio,

---

[1]) Seuffert, a. l. c. S. 8.

[2]) Durantis specul. iuris IX. lib. 2 pars II § 2 Nr 2 u. 6 ff.

ohne daß er verpflichtet ist, den Beweis seines Anspruches zu erbringen. Bleibt dann der Schuldner ein Jahr lang auf wiederholte Ladungen aus, so wird auf erneuten Antrag ein zweites Dekret erlassen. Erscheint in der Verhandlung, die dem Erlaß des Ueberweisungsdekretes voranging, weder der Schuldner, noch tritt für ihn ein Defensor auf, so wird vom Richter ein curator bonorum ernannt, der ein Vermögensverzeichnis zu den Akten zu bringen hat und nötigenfalls die Prozesse gegen die Gläubiger führt.[1]) Ist durch das zweite Dekret die Überweisung der Güter an Zahlungsstatt oder die Verkaufsermächtigung erfolgt, so wählen die Gläubiger einen Kurator, welchem die Ausführung des Verkaufes und die Prozeßführung hinsichtlich der bona debitoris übertragen wird.[2]) In dem Statut von Vicenza aus dem Jahre 1254 wird, sobald das Gericht durch Urteil ausgesprochen hat, daß das Vermögen des Schuldners verkauft werden soll, Extimatoren (Gemeindebeamten) das gesamte Verfahren übertragen[3]). In dem Statut von Florenz aus dem Jahre 1496 werden Syndici zur Verwaltung und Verwertung des Schuldnervermögens aufgestellt. Sie nehmen das Vermögen des Schuldners in Besitz, stellen seine Bücher richtig und können einen Vergleich mit dem Schuldner abschließen. Die sex consiliarii mercantiae oder der officialis mercantiae oder ad hoc aufgestellte officiales verteilen die Masse[4]). In Genua wählen die Gläubiger vor dem vicarius des podesta ein oder mehrere aus ihrer Mitte zum magistratus rupti. Dieser ernennt einen Kurator, welcher im eigenen Namen die Passivlegitimation für die Gläubiger besitzt, aber, wie die Statuten betonen, nicht Vertreter des ruptus selbst ist. Entstehen Streitigkeiten über Vorrechte der Forderungen, so wird ein eigener Judex potioritatis gewählt und ihm die Entscheidung über die Streitigkeiten

---

[1]) Durantis l. c. § 2 Nr. 2 u. 6.

[2]) Durantis l. c. § 2 Nr. 18.

[3]) Hellmann, a. l. c. S. 20—21.

[4]) Hellmann, a. l. c. S. 23 ff.

übertragen.[1] In Perugia müssen bei Ausbruch eines Konkurses eines Kaufmanns oder sonstigen Gewerbetreibenden die Bücher desselben gewissen Gildebeamten (auditores campsorum, cameraii artificum) überbracht werden, welche alle nötigen Sicherheitsmaßregeln bezüglich der Person und des Vermögens des Schuldners anzuordnen haben.[2] In dem Statut von Venedig werden zur Verwaltung und Verfügung über die Masse capi dei creditori aufgestellt und eidlich in Pflicht genommen. Der Schuldner wird in Prozessen durch die sopraconsuli vertreten, da ihm die Prozeßfähigkeit fehlt. Diese sopraconsuli (eine Behörde) stellen das Vermögen fest, sind zur strengsten Verschwiegenheit verpflichtet und sollen sich persönlich um das Zustandekommen eines Konkordats bemühen.[3]

Im alt-italienischen Konkursrecht treten uns die konkursverwalterähnlichen Organe in so mannigfacher Verschiedenheit hinsichtlich ihrer Stellung und Befugnisse entgegen, daß sich wohl für jedes einzelne Stadtstatut eine Haftung feststellen ließe, jedoch ein Versuch als von vornherein undurchführbar erscheint, der beabsichtigt, einen allgemein gültigen das ganze Rechtsgebiet des altitalienischen Konkursrechtes umfassenden Grundsatz für die Haftung der Konkursverwalter festzustellen.

§ 7. Der Konkursverwalter im älteren deutschen und schweizerischen Konkursrecht.

In den Hansastädten fand von Italien aus dieser aus dem Arrestprozesse hervorgegangene italienische Konkursprozeß zuerst in Deutschland Eingang. Während noch im Jahre 1281 eine Wismarer Urkunde an den Grundsätzen der Priorität und des Ausschlusses der Stellvertretung, den Grundsätzen des alten deutschen Exekutivprozesses festhält[4],

---

[1]) Hellmann, a. l. c. S. 31 ff.

[2]) Hellmann, a. l. c. S. 28 ff.

[3]) Hellmann, a. l. c. S. 46 ff.

[4]) Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses. S. 6.

zeigt der Lübische Kodex vom Jahre 1294 die erste Durchbrechung desselben.

In der Wismarer Urkunde wird folgender Rechtsfall überliefert:

„Johannes de Memele tenebatur Hermanno de Bueken, burgensi in Lübeke XXXIX marcas denariorum et idem Hermannus rogavit dominum Theodoricum . . . . ut secum susciperet promissum, quod fecit. Inter haec recessit dictus Johannes clam cum omnibus bonis suis de civitate Wismaria. Tunc idem Theodoricus occupavit hereditatem Johannis cum aliis burgensibus nostris. Inde per rectas sententias sepeditus Theodoricus amotus fuit de hereditate, quam occupaverat, qui talia que sibi dominus Theodoricus requisivit ab Johanne de Memelen sibi non pertinebat sed Hermanno de Bueken, et idem Theodoricus unicum denarium de predictis bonis non succepit."

In dem Lübischen Kodex[1]) zeigen die einzelnen Fassungen die Wandlung[2]). Denn in einem Texte heißt es noch:

„Welk minsche, de ene besate deit in jegenwardicheit des, de dar schuldich is, isset dat sine besate de erste is, so heft de erste betalinge."

In dem Haupttexte aber ist gesagt:

„Is dat iemen enes anes anderen ghut de wech is ghevaren dor schult hevet mot to besettene nicht mer de leste dan also de erste de andere dan also de dritte schal neten de besettinghe."

In Lübeck wird also schon im Jahre 1294 der Grundsatz der Ratenzahlung angetroffen, jedoch wurde dieser offenbar nicht aus dem römischen, sondern aus dem italienischen Recht übernommen[3]).

Wir begegnen diesem Grundsatze an Orten und zu einer Zeit, wo sonst römisches Recht noch nicht zu finden ist, zuerst in den Hansastädten und viel später erst im deutschen Binnenlande. Dem Verkehr der Hansastädte mit Italien verdankt

---

1) Hach, Das alte lübische Recht, II, 149.

2) Kohler, a. l. c., S. 33.

3) Stobbe, a. l. c., S. 20, 21.

das neue Konkursprinzip seine Verbreitung. Ein auswärtiger Kaufmann wird nur schwer Kredit gewähren können, wenn er fürchten muß, beim Konkurs seines Schuldners leer auszugehen, weil er nicht der erste oder einer der ersten war, welche Beschlag auf das Vermögen des Kridars legten[1]). Da jedoch die Ausschlußfrist nur einen Monat betrug, so war eine umfassende Verwaltung der Masse nicht nötig, trotzdem sind fast stets besondere Konkurskuratoren vorhanden. Am häufigsten finden wir Konkurskuratoren im Lübecker Recht. Die Gläubiger bestellen drei unter sich, denen eine fast unbeschränkte Macht zusteht (quibus plenam dederunt potestatem .... faciendi et dimitendi). Genannt werden sie procuratores seu capitanei oder wahrhaftige procuratores und hovetmanne oder vullmechtige procuratores und hovetmanne[2]). In Wien beteiligen sich an der Wahl der Kuratoren Konkursgläubiger, Gemeinschuldner und Rat. In Hamburg waren Kuratoren überhaupt nicht notwendig. Beantragten die Gläubiger aber solche, so konnten sie dieselben selbst wählen. Der Rat bestätigte die Kuratoren und ordnete an, daß sie die Güter des Gemeinschuldners tosamende bringen und beschrieven mochten laten. Hauptziel ist hier das Zustandekommen eines Akkords. Da die darauf bezüglichen Verhandlungen langwierig sein können, ist es wenigstens zugelassen, die Kuratoren damit zu betrauen. In Kölner Urkunden ist es zulässig, daß auswärtige Konkursgläubiger aus verschiedenen Städten verschiedene Kuratoren wählen. In Frankfurt hatten die Gläubiger nur ein Vorschlagsrecht. In jedem einzelnen Falle wurde, soweit nicht das Herkommen es regelte, der Umfang ihrer Vertretungsmacht und ihrer Haftung durch besonderes Statut der Obrigkeit bestimmt, da gesetzliche Vorschriften fehlten[3]). Im allgemeinen läßt sich hinsichtlich ihrer Aufgabe folgendes sagen: Die Kuratoren sollen ein Inventar aufstellen, Forderungen des Kridars einziehen und verfolgen, die Masse verwalten, die Verteilung

[1]) Stobbe, a. l. c., S. 20.

[2]) Stobbe, a. l. c., S. 45.

[3]) Desgl.

vornehmen, auch zum Abschluß eines Akkordes sind sie berechtigt. Der Rat beaufsichtigte ihre Tätigkeit und unterstützt sie. Aus dieser wechselnden Stellung und Tätigkeit, die je nach den einzelnen Vorschriften sich ändert, ergibt sich, daß auch hier allgemeine Grundsätze bezüglich der Haftung der Kuratoren nicht aufgestellt werden können. Eine Lübecker und eine Frankfurter Urkunde sollen von den Pflichten, Befugnissen und der Haftung des Kurators ein kurzes Bild geben[1]).

Die Lübecker Urkunde lautet:

„En gevende gantze vullekommene macht unde gewalt in der vor screvenen zake unde van erer wegen intomanende, to vordernde, dessulven G. gudere by eyn ander gebracht mogen werden, tobeflitigende, dat beste dar inne to donde unde to latende vullenkomelik mechtich to zinde, to entfangende, upto borende, unde to quiterende in der besten formen, so des van noten unde behoff zinde wert."

Die Frankfurter Urkunde lautet:

„Sein Ampt und Befelch aber ist, dass er die Güter, so jme also undergeben und anbefohlen werden, anfänglich gebürenderweiss jnventieren lass, und demnach zu bestem und treuvlichstem Verwahr auch auf Erlaubnuss der Obrigkeyt durch einen öffentlichen Gant verkauffe und zu Gelt mache, solch Gelt auch, wenn es zu handen bekommen, unverzüglich hinder unseren Rechenherren, gemeinen creditoren zu gewarten und einem jedem zu seinem Rechten erlege. Auch einem jeden Creditor, so seiner Schulden halber dazu klagt, in Recht gebührliche Rede und Antwort gebe, keiner Schulden anderss dann so fern sie genügsam liquidiret und bewiesen werden, gestehen; auch wenn die Beweisungen ergangen der Priorität und Ernstigkeit halben, das ist welche under den creditoren zum ersten und vor anderen sollen bezahlt werden, solches zur Erkenntnuss des Gerichts submittiere

---

1) Stobbe, a. l. c. S. 46.

und setze. Und dann zu Ende seiner Verwaltung über alles eyennemmen und verrichten den creditoren vor unser dazu Verordneten, aufrichtige und gebührliche Rechnung tun."

Ein dem italienischen Konkursprozesse gleichgeartetes Verfahren bildete sich auf Grund einheimischen Rechtes in der Schweiz.

Bei der Exekution in Grundstücken wurde jedoch meistens nur formell eine Art Gant veranstaltet, materiell blieb ein Zugverfahren bestehen, denn der Schuldner ließ es nämlich, wenn er das Grundstück noch belasten konnte, nicht zur Fröhnung kommen; war das Gut aber überschuldet, dann konnte und wollte niemand dasselbe mit den darauf liegenden Lasten übernehmen, als ein Zinsgläubiger, der dazu gezwungen war, wenn er nicht die ganze Forderung verlieren wollte.

Auf dem Lande[1]), wo der Grundbesitz der Hauptbestandteil des Vermögens war, wurde der Entstehung des Konkursverfahrens dadurch entgegengearbeitet, daß der Gläubiger, dem ein Grundstück haftete, für den Ausfall mit den bloßen Chirographargläubigern konkurrierte. Nun wurde aber in den überaus meisten Fällen dieses Vermögen für den Ausfall noch ausdrücklich verpfändet und somit schlossen sich auch die Chirographargläubiger dem Verfahren an, denn sonst liefen sie Gefahr, leer auszugehen. Es bildete sich also eine Exekution in das ganze Vermögen für alle Gläubiger in einem einheitlichen Verfahren unter einheitlicher Leitung.

In den Städten bildete der Grundbesitz nicht den Hauptbestandteil des Vermögens, sondern Kapital und Mobiliar spielte hier auch eine große Rolle; deshalb schloß sich hier das Konkursverfahren an die alte Exekution in die Fahrnis, den alten Arrestprozeß, an. Die kaufmännischen Interessen verlangten aber die öffentliche Auskündigung des Schuldners und eine geregelte Inventur, da sonst hauptsächlich Waren den Gläubigern leicht hätten entzogen werden können.

---

[1]) Heusler, l. c. p. 135

Zuerst in Basel, wahrscheinlich im Jahre 1449, dann in Luzern 1480, später in Zürich, Bern, Solothurn wurde diesen Erfordernissen Rechnung getragen [1]). Anfänglich galt dieses Konkursverfahren nur bei Flucht und Erblosigkeit des Schuldners, später wurde es aber ausgedehnt auf den Fall der notorischen Insolvenz und auf den Fall eigener Insolvenzerklärung. Die Verwaltung und Versilberung der Konkursmasse fiel nur in den seltensten Fällen trotz der nahen Verwandtschaft beider den Organen zu, welche im Arrestprozeß damit betraut waren, in Luzern dem Gerichtsweibel, in Basel dem Vogt, Schultheiß. Meistens wurden curatores bonorum, Vögte aus der Zahl der Gläubiger ernannt. Zwei Vögte wurden in Zürich und Bern und in der Landschaft Zürich ernannt [2]). In Glarus wurden Massevögte und in Appenzell am Roheler wurde ein ordentlicher Vogt ernannt.

Die erste Aufgabe der Konkursorgane bestand im allgemeinen in der Aufnahme eines Inventars [3]), in Basel in Gegenwart von 2 Ratsmitgliedern. Dazu kam ferner die öffentliche Bekanntmachung des Konkurses, entweder nur durch Veranlassung der Veröffentlichung die z. B. in den Landkantonen der Geistliche auf der Kanzel besorgte oder durch genaue Ediktalzitation in Verbindung mit Auskündigung der Güter und Anzeige der Ganttage. In den Landkantonen geschah dies meistens von den Kanzeln herab. Zugleich mit der Veröffentlichung erfolgte die Aufforderung an die Gläubiger, binnen einer bestimmten Zeit unter Gefahr der Präklusion ihre Forderungen anzumelden. Mit der Eröffnung des Verfahrens verlor der Kridar das Verfügungs- und Nutzungsrecht über sein Vermögen. Während die Nutzungen in die Masse fielen, steht die Verwaltung dem Kurator oder den damit beauftragten Behörden zu [4]). Der Gemeinschuldner selbst wirkt bei der Liquidation der Masse nicht mit.

In den Statuten der einzelnen Kantone treten uns die

---

[1]) Heusler, l. c., S. 137.
[2]) Stobbe, b. l. c., S. 45.
[3]) Heusler l. c. p. 155.
[4]) Heusler l. c. S. 160.

konkursverwalterähnlichen Organe in so mannigfaltiger Stellung und Befugnissen entgegen, daß sich weder allgemeine Haftungsnormen noch ihre rechtliche Stellung allgemein darstellen und festlegen läßt.

Eigenartig ist die Stellung der Gerichtsämter im Baseler Recht. In Basel besteht die Liquidationsbehörde aus dem Gerichtspräsidenten (dem alten Schultheiß) und dem Gerichtsschreiber. Sie führen die Liquidationsprozesse, prüfen die angemeldeten Forderungen, klagen Forderungen des Schuldners ein und erscheinen als Beklagte gegenüber einem von ihnen nicht anerkanten Vindikanten. Merkwürdig ist hierbei, daß die Mitglieder der Gerichtsämter, in von ihnen selbst geführten Prozessen nicht aus dem Gericht ausscheiden. Das Eigenartige besteht hier nicht darin, daß Ämter an Stelle der Gläubiger oder des Gemeinschuldners Prozesse führen, denn warum sollten Personen des öffentlichen Rechts nicht Privatpersonen vertreten, auch nicht darin, daß gerade Gerichtspersonen damit betraut sind, denn sie erscheinen gerade wegen ihrer Sachkenntnis besonders dazu geeignet, sondern in der Maßnahme, daß, ganz im Gegensatz mit der modernen Rechtsanschauung, die Betätigung als Parteivertreter kein Grund für die Ausschließung von der Funktion im Gericht ist, vor welchem die Sache verhandelt wird.

III. Abschnitt.

Gemeines deutsches Recht.

§ 8. Einleitung.

Der gemeine deutsche Konkursprozeß baut sich auf den in der altdeutschen Praxis vorhandenen, allerdings vielfach von dem italienischen Recht beeinflußten Rechtssätzen auf. Der Umstand, daß das Werk des Spaniers Salgado de Samoza: Labyrinthus creditorum concurrentium die Literatur des gemeinen Konkursrechtes schon in den ersten Zeiten seiner Bildung stark beeinflußte, bewirkte, daß seine weitere selbstän-

dige Entwickelung gehemmt und nunmehr die Bahn eingeschlagen wurde, welche Salgado vorgezeichnet hatte.

Wir finden nämlich in der Zeit vor Salgado keine Darstellung eines deutschen Juristen, die eine Gesamtdarstellung des Konkurses geboten hätte. Die Schriften der Juristen bringen nur Erklärungen und Anwendungen einzelner Stellen des Corpus iuris bezüglich der immissio und cessio, ohne aber zu einer Gesamtdarstellung des Konkurses zu gelangen[1]). Nun tritt ihnen bei Salgado zum ersten Mal eine vollständige Darstellung eines Konkursverfahrens entgegen, das ihnen einerseits durch die häufige Bezugnahme des Verfassers auf die römische Quelle, anderseits durch die straffe Durchführung des Gedankens der staatlichen Fürsorge und Bevormundung, ein Gedanke, der dem Charakter des öffentlichen Rechtes jener Zeit völlig entsprach, gar nicht fremdartig erscheint. Die für jene Zeit anziehende Darstellung und der verführerische Schein der Konsequenz des Labyrinths beeinflußte die Literatur, die jetzt erst zu einer Gesamtdarstellung des Konkurses gelangt, so sehr, daß die Ansicht von Fuchs[2]) „Salgado sei nur für die Entscheidung einzelner Streitfragen Autorität geworden, habe aber sonst auf die Gestaltung des deutschen Konkursprozesses keinen entscheidenden Einfluß ausgeübt“ als nicht gerechtfertigt erscheint. In dem Verfahren, welches Salgado darstellt, erhalten die Befugnisse des Konkursgerichts eine solche Ausdehnung, daß für die Rechte des Konkursgläubigers und des Kurators fast gar kein Spielraum mehr übrig bleibt. Die Erweiterung der Aufgaben des Gerichtes stand jedenfalls im Einklang mit dem Charakter des öffentlichen Rechtes in jener Zeit. Es herrschte das Prinzip der öffentlichen Fürsorge; Verwaltung und Gerichtsbarkeit waren noch nicht getrennt. Ein großer Teil der Geschäfte des Gerichtes konnte als freiwillige Gerichtsbarkeit bezeichnet werden. Der spanische Konkurs paßte insofern in das deutsche Rechtssystem. Der Schuldner bleibt Besitzer und Eigentümer der bona bis zur Verteilung. Er

[1]) Endemann, b. l. S. 52.

[2]) l. c. S. 25 Anm. 1.

kann klagen und verklagt werden, verliert aber das Verwaltungs- und Verfügungsrecht zugunsten der Gläubiger[1]). Das Gericht ernennt den Kurator, ist aber an die Einigung der Gläubiger hinsichtlich der Person desselben gebunden. Der Kurator muß Kaution leisten und ist zur Beitreibung der Außenstände aktiv legimitiert. Verfügungen des Kurators über die Masse sind nur mit Erlaubnis des Gerichtes gültig und zulässig. Mit Salgado schließt die romanistische Literatur ab und mit Staub[2]) beginnt die Behandlung des Konkurses nach deutschem Recht. Bei Staub erscheint das ganze Verfahren als Streit der Konkursgläubiger gegen den Kridar. Uebereinstimmend mit Salgado geht das Eigentum der bona des Schuldners auf die Konkursgläubiger nicht über. Neu jedoch ist der Uebergang des Besitzes der bona des Schuldners auf die Gläubiger. Das Amt des Kurators ist das gleiche geblieben. Neben den Kuratur tritt aber ein rechtskundiger Kontradiktor auf, dem die Prüfung der Forderungen der Gläubiger und ihre Bestreitung im Prozesse obliegt.[3]) In der zeitlich folgenden Darstellung des Konkursprozeßrechts von Brunnemann[4]) wird der Kontradiktor das wesentlichere Organ. Er stellt die Aktiva und Passiva des Kridars fest, führt die Aktiv- und Passivprozesse und stellt Anträge auf Erlaß weiterer Ladungen sowie auf Präklusion. Der Kurator dagegen hat nur das Inventar zu errichten und die Masse zu verwalten. Häufig wurden dem Kontradiktor die Befugnisse des Kurators aus Sparsamkeitsrücksichten mit übertragen. Bei Ludovici,[5]) der als erster in deutscher Sprache das Verfahren schildert, hat der Kontradiktor wie Kurator dieselben Rechte und Pflichten wie bei Brunnemann.[6]) Claproth[7]) ist der erste Schriftsteller,

---

[1]) Endemann b. l. c. S. 45.

[2]) Positiones de iudicio concursus universalis vulgo Gantprozess 1677.

[3]) Endemann a. l. c. S. 54.

[4]) De processu concursu creditorum praelectiones 1693.

[5]) Einleitung zum Konkursprozeß 1709.

[6]) Endemann b. l. c. S. 63, 65.

[7]) Einl. in sämtl. summarische Prozesse 1777.

welcher nach Ludovici den Konkursprozeß in seinem ganzen Verlaufe bearbeitet hat. Der Kurator wird wieder das Hauptorgan und der Kontradiktor, der aus Sparsamkeitsrücksichten möglichst selten bestellt werden soll, tritt ganz zurück. Der Kurator errichtet das Inventar, vervollständigt die Masse, scheidet aus, was nicht zu ihr gehört und ist zur aktiven Klageerhebung legitimiert. Die Masse soll er nach bestem Willen als getreuer Haushalter den Anordnungen des Gerichtes folgend verwalten und durch öffentliche Versteigerung versilbern. So nähert sich sein Geschäftskreis wieder demjenigen des römischen curator bonis distrahendis, wie dieser hat er die Administration und Distraktion, nur ist er in Ausübung seiner Befugnisse mehr beschränkt. Mehr Rechte als der moderne Konkursverwalter hat er nicht. Die zeitlich folgenden Bearbeitungen des Konkursverfahrens: Kraft,[1]) Kornemann,[2]) Dabolow,[3]) Danz[4]) führen nur genauer mit mehr literarischem Material das aus, was sich schon bei Claproth findet. Schweppe[5]) weist dem Kurator und Kontradiktor im allgemeinen keine andere Stellung an, als es die übrigen Schriftsteller getan haben. Die doktrinellen Darstellungen des gemeinen deutschen Konkursprozesses mit Einschluß der Schriften von Bayer[6]) und Fuchs[7]) geben als Endergebnis der Entwickelung hinsichtlich der rechtlichen Stellung und der Haftung des Kurator und Kontradiktor folgendes Bild.

§ 9. Rechtliche Stellung des Kurator und seine Haftung gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner.

In jedem Konkurse werden ein oder mehrere Kuratoren

---

1) Prakt. Bem. über den K. Prozeß 1786.

2) Theoret. prakt. Abhandl. ü. K. Prozeß. 1798.

3) Ausf. Entw. d. Lehre von Konkurse d. Gläubiger 1801.

4) Grundsätze der summarischen Prozesse 1806.

5) Syst. d. Konkurses d. Gläubigers nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Recht, 1824.

6) Theorie d. Kon. Proz. n. gemeinem Recht 1850.

7) Konk. Verf. 1863.

durch das Gericht aufgestellt, jedoch muß das Ergebnis einer vorhergehenden Wahl der Gläubiger berücksichtigt werden[1]). Gewählt kann auch ein Nichtjurist werden[2]). Ein Zwang zur Annahme ist in der Regel nicht begründet[3]). Der Kurator wird auf seine in der Eidesformel näher bezeichneten Pflichten vereidigt und ihm die Leistung einer Realkaution auferlegt[4]). Für seine Verwaltung erhält er im Gegensatz zum römischen Recht ein Honorar[5]). Seine Pflichten als Konkursorgan lassen sich dahin kurz zusammenfassen, daß ihm obliegt: 1. das Vermögen des Kridars rein und vollständig herbeizuschaffen, 2. es zu verwalten, 3. die Gläubiger aus dem Erlöse nach Anweisung des Gerichtes zu befriedigen[6]). Nach der herrschenden Meinung[7]) vertritt der Kurator die Gesamtheit der Gläubiger in Ansehung der Konkursmasse. Auch Fuchs[8]) gibt zu, daß diese Ansicht die herrschende sei, will den Kurator aber doch als Vertreter des Kridars ansehen und begründet diese Ansicht wie folgt: „1. Eine Uebertragung der Disposition des schuldnerischen Vermögens auf die Gläubiger ist nicht erfolgt. 2. Der Grund, weshalb das Gesetz die Bestellung eines Kurators verlangt (Schutz der Gläubiger vor sie benachteiligenden Verfügungen des Kridars) macht die Vertretung der Gläubiger nicht notwendig. 3. Den Kurator als Vertreter des Kridars anzusehen, entspricht der Stellung des Kurators im italienischen und deutschen Konkursprozeß.“ Gegen diese Ansicht läßt sich hinsichtlich des ersten Punktes einwenden: Für die Uebertragung der Disposition auf die Gläubiger spricht die historische Entwickelung. Mag auch die Staatsraison des Polizeistaates, geleitet durch den Gedanken der allgemeinen Bevormundung dieses Recht an sich gezogen

[1]) Bayer, l. c., S. 116.
[2]) Fuchs, l. c., S. 55.
[3]) Fuchs, l. c, S. 56.
[4]) Bayer, l. c., S. 117, a. M. Fuchs, S. 56.
[5]) Bayer, l. c., S. 118.
[6]) Fuchs, l. c., S. 57.
[7]) Bayer, l. c., S. 110.
[8]) l. c., S. 52.

haben, so hat es doch bestanden und besteht gewissermaßen hinter dem Recht des Staates weiter fort, der es nur der Ausübung nach an sich gezogen hat. Ferner spricht für die Uebertragung der Disposition auf die Gläubiger das obligatorische Verhältnis, in welchem der Kurator auch zu den Gläubigern steht. Gegen die Begründung des zweiten Punktes läßt sich folgendes einwenden: Es mag zugestanden werden, daß der Grund, weshalb das Gesetz die Bestellung eines Kurators verlangt (Schutz der Gläubiger vor sie benachteiligenden Verfügungen des Kridars) die Vertretung der Gläubiger nicht unbedingt notwendig macht, obwohl gerade bei dieser Begründung für die Bestellung des Kurators, beim Fehlen jeglicher gesetzlichen Normierung der rechtlichen Stellung des Kurators, dieses Konkursorgan als gegebener gesetzlicher Vertreter der Gläubiger erscheint. Jedoch die weitere Ansicht von Fuchs[1]), daß auch der Kontradiktor Vertreter der Schuldner ist, läßt die schwersten Bedenken gegen die Annahme, daß der Kurator Vertreter des Schuldners ist, erstehen. Es würden dann zwei Konkursorgane vorhanden sein, welche beide, nur zum Schutze der Gläubiger vor sie benachteiligenden Verfügungen des Kridars geschaffen worden sind; denn nach Fuchs[2]) liegt auch der Grund der Bestellung des Kontradiktors in der Gefahr, der die Gläubiger ausgesetzt seien, wenn der Kridar die Dispositionsbefugnis in der Prozeßführung behielte, und doch soll keines von diesen beiden Organen die Gläubiger vertreten. Wenn man diese Begründung für die Bestellung zweier Konkursorgane ins Auge faßt, so erscheint es doch zum mindesten juristisch nicht sehr geschickt, wenn man die sich daraus ergebenden Folgerungen in Betracht zieht, nämlich zwei Organe zum Schutze dritter Personen zu schaffen, welche diese Personen nicht vertreten.

Zur Begründung des dritten Punktes beruft sich Fuchs auf die Ansicht Salgados[3]). Dem steht entgegen, daß der

[1]) l. c., S. 65.
[2]) l. c., S. 65.
[3]) Fuchs l. c. S. 52, Anm. 4.

Kurator gerade bei Salgado kein Besitzrecht über die Masse ausübt, weil seine Verwaltung nur der Befriedigung der Konkursgläubiger dient[1]). Will man ihn aber als Vertreter des Schuldners ansehen, so müßte ihm der Besitzschutz zustehen, da er ja den Eigentümer vertritt. Ferner muß geltend gemacht werden, daß der Kurator in deutschen Quellen auch curator creditorum genannt wird[2]). Nach der Ansicht von Stobbe ist der Kurator sowohl Vertreter der Gläubiger als auch des Schuldners. Vertreter des Schuldners hinsichtlich des Objekts seiner Verwaltung, daher curator bonorum, Vertreter der Gläubiger bezüglich des Interesses der Gläubiger, daher curator creditorum.

Hinsichtlich der Haftung des Kurators den Konkursgläubigern gegenüber ist in der Literatur keine communis opinio erzielt worden. Wir begegnen den verschiedenartigsten Ansichten. Die Strenge der Haftung bewegt sich in dem gesamten Rahmen ihrer Ausdehnungsfähigkeit von dolus und culpa lata bis zur omnis culpa. Schweppe[3]) ist der Ansicht, daß der Kurator nur wegen dolus und culpa lata haftet und beruft sich auf l. 9,5 D. 42,5. Die Begründung dieser Meinung ist keinesfalls zu billigen. Schweppe übersieht hierbei vollkommen, daß die zitierte lex nur die Rechte des Gemeinschuldners gegenüber Konkursgläubigern und Kurator im Auge hat. Auch Fuchs[4]) behauptet, daß der Kurator nach römischem Recht den Gläubigern nur wegen dolus und culpa lata haftet, indem er sich ebenfalls fälschlicherweise auf die cit. lex stützt. Es erscheint ihm aber angemessener, im geltenden Recht den Kurator wegen der ihm im deutschen Konkursprozeß angewiesenen Stellung für omnis culpa haften zu lassen. Eine Haftungspflicht, der nach seiner Ansicht auch der vom Kurator zu leistende Eid entspricht. Hagemann[5]) erkennt einerseits richtig, daß die Gläubiger

---

1) Endemann a. l. c. S. 40.

2) Stobbe a. l. c. S. 48 ff.

3) l. c. § 100.

4) l. c. S. 7 u. 64, Anm. 1.

5) Prakt. Erörter. Bd. 8, S. 100.

gegen den Kurator nach römischem Recht die actio mandati haben[1]) und er deshalb omnis culpa präftieren muß. Er will aber den Gläubigern gegenüber dem Kurator billigermaßen nicht größere Rechte einräumen und zugestehen, als dem Unmündigen und Minorennen gegenüber dem Vormund und bestimmt als Grad der Haftungspflicht des Kurators culpa levis. Durch die Analogie des curator ventris[2]) glaubt er seine Ansicht stützen zu können. Dagegen wäre, abgesehen von dem klaren Texte der l. 22,10 D. 17,1 nichts einzuwenden, wenn er nicht jetzt den Fehler begehen würde, den Vormund im römischen Recht omnis culpa prästieren zu lassen. Lex 1 pr. D. 27,3 gewährt aber dem Vormund die Erleichterung der Haftung für culpa in concreto. In logischer Folge seines Gedankenganges müßte Hagemann zur Beschränkung der Haftung des Kurators gegenüber den Konkursgläubigern zur culpa in concreto gelangen. Danz[3]), Reinhardt[4]), Bayer[5]), Makeldey[6]), Schmid[7]) setzen seine Haftung wegen der ihm im Konkursverfahren angewiesenen Stellung nach Analogie der Vormundschaft auf culpa in concreto fest.

Hinsichtlich der Haftung des Kurators gegenüber dem Gemeinschuldner sind in der gemeinrechtlichen Literatur, besondere Bestimmungen nicht getroffen worden. Stets heißt es: Der Kurator haftet für die Verwaltung des Vermögens für — und nun je nachdem, welche Stellung der Verfasser hinsichtlich dieses Punktes einnimmt — culpa lata, culpa levis usw. Dieser Umstand ist nur dadurch zu erklären, daß man bei Anwendung der Bestimmungen bezüglich der Haftung des Kurators keinen Unterschied machte, ob Konkursgläubiger oder der Gemeinschuldner Ansprüche

---

1) l. 22,10 D. 17,1.
2) l. 1,22 D. 37,9.
3) l. c. § 175.
4) Die Lehre vom Gant, 1819 § 57.
5) l. c. S. 118.
6) Lehrbuch des heut. röm. Rechts, 1831 § 769.
7) Handb. des gem. dtsch. Ziv. Proz. III, S. 224.

gegen den Kurator geltend machten. Erklärlich wird dies, wenn man sich vorstellt: Man verkannte einerseits die Bestimmungen und Tragweite der l. 9,5 D. 42,5 z. B. Schweppe[1]), Fuchs[2]) (wenn er allerdings durch die veränderte Stellung des Kurators auf ein von der cit. lex abweichendes Resultat kommt) und macht insofern schon im römischen Recht keinen Unterschied zwischen der Haftung des Kurators gegenüber den Konkursgläubigern und der Haftung des Kurators gegenüber dem Kridar. Andererseits aber, wenn man die Bestimmungen der cit. lex erkannte, unterwarf man die Haftung des Kurators den Gläubigern gegenüber nicht ihren Bestimmungen infolge seiner veränderten Stellung im deutschen Konkursverfahren, sondern bestimmte seine Haftungspflicht nach Analogie der Vormundschaft[3]) und ließ ihn aus dieser Vermögensverwaltung haften. Berücksichtigt man schließlich noch die Tatsache, daß der Kurator vielfach als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen wird[4]), so bietet die Anwendung der Bestimmungen der Haftung des Konkursverwalters auch gegenüber dem Gemeinschuldner keinerlei Schwierigkeiten. Der Kurator haftet daher in gleicher Weise dem Gemeinschuldner wie den Konkursgläubigern.

§ 10. Rechtliche Stellung des Kontradiktor und seine Haftung gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner.

Der Wirkungskreis des Kontradiktor besteht in der Prüfung der im Konkurs angemeldeten Forderungen und in der Durchführung der Liquidationsprozesse. Soweit ist bezüglich seiner Pflichten und Befugnisse eine communis opinio erzielt worden. Allerdings wollen einige, z. B. Schweppe[5]) ihm

---

[1]) l. c. § 100.

[2]) l. c. S. 64.

[3]) so Bayer, l. c. S. 118; Hagemann l. c. S. 100; Makeldey l. c. § 769; Schmid l. c. S. 244 Nr. 42.

[4]) Schweppe § 100.

[5]) l. c. § 102.

auch die Führung der Prioritätsprozesse übertragen. Dies heißt aber nur seine Pflichten erweitern und somit kann das erst Gesagte als feststehend gelten. Auch kann wohl als herrschende Meinung angenommen werden, daß der Kontradiktor ein Jurist sein muß[1]). Ueber seine rechtliche Stellung ist in der Literatur keine Einigkeit erzielt worden. Stepf[2]) behauptet, der Kontradiktor sei gemeinschaftlicher Anwalt des Gemeinschuldners und der Kreditoren gegen jeden einzelnen; des Schuldners, weil er gar nicht konkursmäßig ist, wenn Forderungen nicht gegründet sind und der Kreditoren, weil diese um so mehr zu hoffen haben, je weniger Forderungen konkurrieren. Andere[3]) glauben, daß er ein Vertreter der Gläubiger ist. Für einen Vertreter des Kridars halten ihn Dabelow[4]), Danz[5]), Bayer[6]). Bayer[7]) führt drei Gründe an, welche zur Auffassung zwingen sollen, daß der Kontradiktor Vertreter des Kridars ist:

1. „Es ist denkbar, daß in einem Konkursprozesse gar keine Forderung angemeldet wird, welche nicht Stoff zu Einwendungen darböte. Seiner Pflicht gemäß muß hier der Kontradiktor alle durchgehends bekämpfen. In diesem Falle ist aber nicht wohl zu begreifen, wie er die Gesamtheit der Gläubiger vertreten soll."

Dem ist entgegenzuhalten, daß im römischen Rechte dieselbe Erscheinung eintreten könnte, sei es, daß der eingewiesene Gläubiger die Forderungen der neu hinzutretenden bestreitet, sei es, daß die eingewiesenen Gläubiger unter einander ihre Forderungen bestreiten. Bayer gibt zu, daß die historische Entwickelung der Annahme günstig sei,

---

1) Fuchs S. 65; Reinhardt l. c. § 58; Stepf, Lehre vom Kontradiktor § 23.

2) l. c. § 15.

3) Schweppe, l. c. §§ 97 u. 102; Puchta, Über den Konkursprozeß 1827 § 180.

4) l. c. S. 577 ff.

5) l. c. S. 287.

6) l. c. S. 119 ff.

7) l. c. S. 120.

der Kontradiktor vertrete die Konkursgläubiger, weil diese sein Geschäft im römischen Rechte selbst ausübten und später durch ihren Vertreter ausüben ließen. Und dem ist beizustimmen, denn keinenfalls konnten doch weder die Konkursgläubiger selbst noch ihre Vertreter den Kridar vertreten. Bayer[1]) behauptet, es sei im römischen Recht kein Organ dagewesen, welches im Konkurse die Liquidität neu angemeldeter Forderungen bestreitet. Letzterer Ansicht kann man die Befugnisse des Magisters in der bonorum venditio und des Kurators in der bonorum distractio entgegenhalten. Ueberhaupt würden bei einer Gegenüberstellung des Magister und Kurator im Systeme der bonorum venditio einerseits und des Kontradiktors und Kurators im gemeinen Konkursrecht andererseits interessante Vergleiche ergeben, die aber den Rahmen des Themas weit überschreiten.

2. Als zweiten Grund führt Bayer an: „Geschehe die Kontradiktion lediglich im Interesse der Gläubiger, so müßte dieses Geschäft wie die cura bonorum auch durch einen Gläubiger besorgt werden können. Dies wird aber von den Anhängern der ersteren Meinung selbst nicht zugegeben."

Dagegen läßt sich anführen, daß bei einem kleinen Konkurs von der Aufstellung eines Kontradiktors abgesehen wird[2]) und der Kurator seine Befugnisse mit übernimmt. Kurator kann aber auch ein Gläubiger sein, wie Bayer selbst zugibt[3]). Mithin besteht die Möglichkeit, wenn auch nur in kleinen Konkursen, daß ein Konkursgläubiger die Befugnisse des Kontradiktor ausüben kann.

3. Als dritten Grund führt Bayer an: „Nach dieser Ansicht (wenn man den Kontradiktor als Vertreter der Gläubiger ansieht) ist der Kridar bei der Liquidation garnicht vertreten, welcher doch der künftigen Nachhaftung halber wesentlich dabei interessiert erscheint."

Fuchs[4]), der dieselbe Meinung wie Bayer vertritt hin-

[1]) l. c., S. 119.

[2]) Schweppe, l. c., § 97; Reinhard, l. c., § 58.

[3]) l. c., S. 116.

[4]) l. c. S. 65.

sichtlich der rechtlichen Stellung des Kontradiktors, steht aber diesem Interesse des Kridars nicht günstig gegenüber, denn er behauptet, die Gründe der Bestellung des Kontradiktors lägen in der Gefahr, der die Gläubiger ausgesetzt seien, wenn der Kridar die Dispositionsbefugnis in der Prozeßführung behielte, indem er dann die Gläubiger leicht benachteiligen könnte. Vertritt somit der Kontradiktor nicht nur die Interessen des Gemeinschuldners, so kann nicht als erwiesen angenommen werden, daß nur das Interesse des Gemeinschuldners die Aufstellung des Kontradiktors verlangt. Der Kontradiktor ist, wie Stepf[1]) ausführt, der gemeinschaftliche Anwalt, also Vertreter der Konkursgläubiger und des Gemeinschuldners. Dieser Ansicht ist wohl beizustimmen wegen der eigenartigen Haftungsverhältnisse des Kontradiktors.

Obwohl der Kontradiktor vom Gericht bestellt wird, so entsteht doch durch seine Tätigkeit ein Rechtsverhältnis sowohl zwischen ihm und dem Gemeinschuldner. Die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis zwischen Advokat und seinen Klienten besteht, die schon in einem gewöhnlichen Fall auf Schwierigkeiten stößt, wird hier noch durch den Umstand erschwert, daß das Gericht ihn bestellt und er gleichzeitig zu zwei Parteien in ein Rechtsverhältnis tritt. Die Bestellung durch das Gericht ändert nichts an diesen Rechtsverhältnissen zwischen Kontradiktor einerseits und Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner andererseits, denn die positive Gesetzesbestimmung, die die Ernennung des Kontradiktors in die Hand des Gerichts legt, hat nur den Zweck, die hier vielleicht oder vielmehr sicher divergierenden Meinungen bezüglich der Person des Auszuwählenden zu einigen und eine rasche und unparteiische Ernennung eines Advokaten zum Kontradiktor zu sichern. An ein Mandatsverhältnis könnte man denken, da ihm die Führung der Prozesse aufgetragen ist. Jedoch spricht der Umstand dagegen, daß weder Konkursgläubiger noch Gemeinschuldner ihm bindende Vorschriften bezüglich der Prozeßleitung zu geben befugt sind. Auch der Gedanke an das Vorliegen eines anderen kontraktlichen Verhältnisses,

[1]) l. c. § 15.

z. B. Dienstmiete, wird dadurch ausgeschlossen, daß die Dienste des Advokaten in gleicher Weise wie die eines agrimensors keinen Marktpreis haben[1]). Gegen den Kontradiktor würde nach l. 1, § 1; l. 5 D. 11,6 nur eine Klage wegen dolus und culpa lata angestrengt werden können, wenn nicht die Reichsgesetze den Advokaten zur höchsten Sorgfalt verpflichten würden. Vis. Mem. vom Jahre 1557 § 1, und Jahre 1578 § 4; Conc. d. KGO. vom Jahre 1613 III, 49,8 bestimmen, daß l. 14 § 1 C. de iud. 3,1 auf die Advokaten zur Anwendung kommt.

l. 14 § 1, C. 3,1 lautet:

Quod omni quidem virtute sua omnique ope quod verum et iustum est existimaverint clientibus suis inferre procurabunt, nihil studii reliquentes, quod sibi possibile est[2]). Der Kontradiktor ist also den Konkursgläubigern gegenüber zur höchsten Sorgfalt verpflichtet und haftet daher für omnis culpa.

Da auch der Kridar an die Prozeßführung des Kontradiktors gebunden ist, ebenso wie jeder wegen mangelnder oder entzogener Dispositionsbefugnis Vertretene, z. B. der furiosus oder der prodigus und auch nach beendigtem Verfahren mit seinem später erworbenen Vermögen nachhaften muß, so kann auch er, aber erst nach Beendigung des Verfahrens, einen Entschädigungsanspruch gegen den Kontradiktor geltend machen[3]). Der Kontradiktor haftet dem Kridar ebenfalls für omnis culpa.

Bei der Darstellung der Haftung sowohl des Kurators als auch des Kontradiktors gegenüber Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner ist nur die Haftung für ihre Handlungen als Konkursorgane, d. h. für alle Handlungen oder Nichthandlungen (Unterlassungen), die sie innerhalb ihrer Befugnisse vorgenommen oder nicht vorgenommen haben, behandelt worden. Werden sie als Dritte im Interesse der Masse tätig, d. h. außerhalb ihrer Stellung als Konkursorgane,

---

[1]) arg. l. 1, pr. D. 11,6 sed magis operam beneficii loco praeberi, et id, quod datur ei ad renumerandum dari.

[2]) Wetzell, Syst. d. ord. Ziv.-Proz. § 8 Nr. 35.

[3]) Fuchs, l. c. S. 68; Schmid, l. c. S. 235.

so erzeugt die Tatsache, daß sie in fremden Angelegenheiten tätig werden, sowohl Verpflichtungen für den, der tätig wird, als auch für den, in dessen Angelegenheiten gehandelt wird. Es liegt negotiorum gestio vor, und bezüglich der Haftung gegenüber den Interessenten aus diesen Handlungen kommt ihre Stellung als Konkursorgane als solche nicht in Betracht. Eine nähere Untersuchung dieser Haftungspflicht liegt daher nicht im Rahmen der Untersuchung.

§ 11. Haftung des Kurator und Kontradiktor gegenüber anderen.

Bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts legten die Juristen der Stellvertretung die römischen Normen zugrunde mit der Erweiterung, daß sie die actiones utiles allgemein gegen den Vertretenen zuließen, dagegen die gegen den Vertreter gegebenen actiones directae durch exceptiones doli doli hemmten.[1]) Nach dieser Theorie muß der Kurator wie Kontradiktor innerhalb oder außerhalb seiner Befugnisse als Selbstkontrahent seinem Gegenkontrahenten für diejenige Sorgfalt haften, welche das jedesmal zugrunde liegende Rechtsgeschäft verlangt. Handelt das Konkursorgan innerhalb seiner Befugnisse, sodaß die begründete Verpflichtung und Berechtigung ohne weiteres auf die Masse zediert, so tritt bezüglich seiner persönlichen Haftung die Erleichterung ein, daß während seiner Amtsdauer die Klage gegen ihn nur in der Höhe des zu verwaltenden Vermögens zugelassen wird[2]).

Jedoch ist es nötig, daß der Konkursverwalter sich bei Abschluß von Geschäften als solcher bezeichnet, denn sonst wäre seine Haftungsbeschränkung dem Gegenkontrahenten gegenüber in keiner Weise zu rechtfertigen. Die Verkehrssicherheit wäre sehr gefährdet, wenn der Gegenkontrahent in dem Glauben, mit einer solventen Person zu kontrahieren, später erst erfährt, daß er das Geschäft mit dem Vertreter

---

[1]) Vangerow, Pand. § 608; Puchta Pand. u. Vorl. §§ 273, 275, 278, 279; Bähr, Jahrb. f. d. Dogmat. d. Privatr. IV, 290; VI, 286; Mühlenbruch, Pand. I, § 131.

[2]) arg L 43,1 D 26,7.

einer Konkursmasse abgeschlossen hat, und dann die dargestellte Haftungsbeschränkung gegen sich gelten lassen muß. Ein Erkenntnis der OLG. zu Lübeck vom 11. Oktober 1850 hat sich jedoch entgegengesetzt ausgesprochen[1]).

Obwohl die Beklagten in der für den Kläger ausgestellten Vollmacht sich als curatores bonorum der Fallitmasse von C bezeichnen, so erteilen sie doch dem Kläger den in jener enthaltenen Auftrag in eigenem Namen, und wenngleich schon nach römischen Recht gegen Kuratoren, wenn sie sich bei ihren Handlungen innerhalb der Grenzen ihrer Amtsgewalt halten, nur insoweit als das von ihnen administrierte Vermögen reicht, eine wirksame Klage gegeben wird[2]), so lag es doch in dem vorliegenden Falle in der Natur der Sache, daß die Kläger, welche mit dem Zustande der Fallitmasse und den Verhältnissen des Gläubigers völlig unbekannt waren und auch von den Beklagten hierüber nicht aufgeklärt wurden, wenn sie den von den Beklagten ihnen erteilten Auftrag annahmen, dies lediglich auf das Zutrauen hin, welches sie den Beklagten schenkten, getan haben.

In diesem Erkenntnis zeigt sich klar das Bestreben, die öffentliche Verkehrssicherheit selbst gegen anerkannte Rechtsnormen aufrecht zu erhalten; ob darin aber nicht zu weit gegangen ist, mag dahin gestellt sein.

Ueberschreitet das Konkursorgan seine Befugnisse, so tritt eine Wirksamkeit für die Masse nicht ein. Die begründete Berechtigung und Verpflichtung, welche sonst ohne weiteres auf die Masse zediert, bleibt in seiner Person bestehen und das Konkursorgan haftet dem dritten als Selbstkontrahent für die eingegangene Verpflichtung. Jedoch macht sich bei dieser Auffassung der Umstand sehr störend bemerkbar, daß auch der Gegenkontrahent, da er sich verpflichtet hatte, erfüllen mußte, denn bei einer Klage konnte ihm sonst das Konkursorgan die exceptio non adimpleti contractus entgegenhalten. Er mußte also ohne weiteres den Vertreter als Geschäftsgegner annehmen, was zu manchen Härten führte.

---

1) Seuffert, Archiv 6, S. 121.

2) L 43,1 D 26,7.

Savigny[1]) schaltet als erster auf Grund richtiger Erkenntnis des Wesens der Vertretung und der natürlichen Anschauung des Verkehrs den Vertreter aus dem „Geschäftsnexus begrifflich" aus. Wie stand es jetzt mit der persönlichen Haftung des Konkursorgans, wenn es außerhalb seiner Befugnisse kontrahierte? Aus dem Vertrage konnte es nicht mehr persönlich haften, und eine allgemeine Haftungsnorm gab es nicht. Einige[2]) begnügen sich mit den allgemeinen Grundsätzen der außerkontraktlichen Haftung für dolus und culpa. Allein jetzt würde der Dritte sehr schlecht dastehen, denn die actio doli setzt dolus auf seiten des Konkursorgans voraus, und die actio legis Aquiliae eine Verletzung einer bestimmten Sache und ist nicht schon bei einer allgemeinen Vermögensverminderung begründet. Beide Aktionen schützen den Dritten wenig. Eine Haftung würde nach allgemeinen Grundsätzen nur eintreten, wenn das Konkursorgan wissentlich ohne Vollmacht kontrahiert hat[3]). Jhering stellt die Theorie der Haftung für culpa in contrahendo auf[4]). Der Kontrahent, in unserem Falle das Konkursorgan, hat beim Abschluß des Vertrages die gleiche Sorgfalt zu beobachten, wie sie beim Abschluß des gültig geschlossenen Vertrages geschuldet wird. Hindert das Konkursorgan das gültige Zustandekommen des Vertrages durch Begehung der culpa in contrahendo, d. h. liegt eine Ueberschreitung oder ein Fehlen der Vertretungsmacht vor, so hat der Gegenkontrahent die Kontraktsklage auf Schadenersatz, die aber nur das negative Vertragsinteresse umfaßt[5]), d. h., was er haben würde, wenn die äußere Tatsache des Vertragsabschlusses nicht vorgekommen wäre. Buchka[6]) behauptet, die primäre Absicht auf Begründung des Vertrages richte sich

---

[1]) Obligationenrecht Bd. 2, S. 57 ff., 71 ff.

[2]) Seuffert, Ratihabition S. 77; Hellmann, Stellvertret. S. 143. Brinz, Krit. Bl. Bd. 2, S. 39.

[3]) Hupka, Haftung S. 23; Stumpf, Rechtl. Bed. S. 23; Zimmermann, Stellvertreter negotiorum gestio S. 287.

[4]) Jahrbuch f. Dogmatik Bd. 4, S. 1—112.

[5]) Jhering, l. c., Bd. 4, S. 15 ff.

[6]) Die Lehre v. d. Stellvertretung b. Eing. v. Vertr. 1852, S. 237/8;

gegen die Person des Vertretenen, der Vertreter sei aber im Falle der Unverbindlichkeit der Stellvertretung für den Vertretenen subsidiär als Partei verpflichtet. Bei dieser Theorie ist der Dritte auf jeden Fall geschützt. Jedoch wird hierbei das Konkursorgan auch aus dem Vertrage berechtigt. Windscheid[1]) will, daß der Vertreter den Vertrag auch nicht subsidiär im eigenen Namen abschließt, um zu verhindern, daß der Vertreter nach seiner Willkür als Partei auftreten kann. Der Kontrakt des Stellvertreters wird als Kontrakt des Vertretenen gedacht „vorgestellt", und die Haftung für das Vorliegen der Vollmacht aus einem sogenannten Garantievertrag hergeleitet. Bei Curcius[2]) haftet der Vertreter, weil er versprochen, „daß der dominus verpflichtet werden will" und zwar haftet er nur auf das negative Interesse, da seine „Verpflichtung als solche nicht geschätzt werden könne". Auch Reichsgerichtsentscheidungen bekennen sich zu dieser Theorie und lassen den Vertreter ohne jedes Verschulden auf Grund des stillschweigend eingegangenen Garantievertrages auf das Erfüllungsinteresse oder Naturalerfüllung haften[3]). Gegen diese Theorie wurde eingewendet, daß man eine Fiktion, die eine vertragsmäßige Verpflichtung, „den sogenannten Garantievertrag" für jemanden entstehen läßt, der deutlich erklärt, daß er sich nicht verpflichten will, unmöglich bestehen lassen könne[4]).

Die Versuche, welche in neuerer Zeit ohne Zuhilfenahme der Fiktion gemacht worden sind, sind als mißlungen zu bezeichnen.

Zimmermann[5]) führt aus: Der Prinzipal könne bei mangelnder Vollmacht ratihabieren, oder den Vertrag zurückstoßen. Der dritte sei ihm demnach auf seinen Wink ver-

---

[1]) Pand. Bd. 1, §§ 73, 74.

[2]) Arch. f. ziv. Pr. Bd. 58, S. 101.

[3]) RG. Bd. 35, Nr. 34, Bd. 6, Nr. 60; Seuffert, Arch. Bd. 33, Nr 20 Bd. 50, Nr. 83.

[4]) Laband, Zeitschr. f. HR. S. 234; Endemann, Handb. d. HR., Bd. 1, S. 304; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 35.

[5]) l. c., S. 263.

haftet. Nun müsse der Dritte sich auch seinerseits an jemanden halten können und dieser Jemand sei der Vertreter, der ja den Vertrag abgeschlossen und demnach leisten müsse, was die bona fides dieses Vertrages von ihm fordert. Es ist nicht klar, warum der Vertreter erfüllen muß. Daß er das Geschäft für einen anderen abgeschlossen hat, ist doch an sich kein Grund, ihn jetzt als Partei haften zu lassen. Als Äquivalent für die Gefahr, daß der Dritte hätte möglicherweise erfüllen müssen, verlangt Zimmermann die Erfüllung des Vertrages von dem Vertreter. Für eine Gefahr für einen bloß möglichen Schaden gibt es kein Äquivalent[1]).

Bähr[2]) ist der Ansicht, daß „nach den heutigen Rechtsgrundsätzen eine ausdrückliche Versicherung der Haftung für die behauptete Vollmacht nicht nötig sei, die bona fides, die Verkehrstreue bringe es mit sich, daß er ipso iure dafür einstehe. Es ist aber zu erwidern, daß die bona fides aus sich selbst heraus unmittelbar weder Rechte noch Pflichten schafft, sondern sie kann höchstens als Motiv betrachtet werden, nach dem ein Rechtsfaktor, der gegeben ist, geregelt wird.

Gierke[3]), Regelsberger[4]) versuchen durch Zuhilfenahme des germanischen Satzes vom Verursachungsprinzip die Haftung so darzustellen, daß der Vertreter das negative Interesse zu vertreten hat, wenn er verschuldet oder unverschuldet dem Dritten einen Schaden zugefügt hat. Hiergegen ist aber einzuwenden, daß das deutsche Verursachungsprinzip völlig durch das römische Verschuldungsprinzip verdrängt worden ist[5]). Tatsächlich wurde schließlich durch die Rechtsprechung die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

---

[1]) Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1885, § 168. Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften, § 144.

[2]) Jahrbuch für Dog. B. I. S. 467.

[3]) Deutsches Privatrecht, Bd. 1. S. 301, Anm. 81, 82, Entw. eines BGB., S. 171.

[4]) Pand., Bd. 1, S. 600.

[5]) Stobbe, Handb. d. dtsch. Privatr., Bd. 3, § 259.

auf folgende Norm festgelegt: Der Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet dem Dritten, wenn er ein Geschäft abschließt, ohne den Mangel seiner Vertretungsmacht kundzugeben, nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Ersatz des Interesses, daß der Dritte an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes hat[1]. Am Ende dieser Entwickelung waren der Kurator wie Kontradiktor, wenn sie innerhalb ihrer Vertretungsmacht handelten, aus dem betreffenden Rechtsgeschäfte weder selbst verpflichtet noch selbst berechtigt. Handelt der Kurator wie Kontradiktor ohne Vertretungsmacht und ohne den Mangel derselben kundzutun, so haftet er dem Gegenkontrahenten auf Erfüllung oder Ersatz des Interesses, daß der Dritte an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes hat.

Wie steht es aber, wenn der Kurator glaubt, innerhalb seiner Vertretungsmacht zu handeln und doch tatsächlich deren Grenzen überschreitet? Ignorantia iuris nocet[2]. Allerdings kann unter gewissen tatsächlichen Verhältnissen die Rechtsunkenntnis im gemeinen Recht als entschuldbar anerkannt werden, wenn es z. B. an der Möglichkeit fehlte, die nötige Rechtsbelehrung einzuziehen oder die eingezogene unrichtig ist[3]. Seuffert[4] teilt eine Entscheidung des OLG. Braunschweig mit, welcher der Tatbestand zugrunde liegt, daß ein Kurator auf falsche Anordnung des Konkursgerichtes hin seine Befugnisse überschritten hat:

„Es ist in der Theorie ziemlich allgemein und in der Praxis überwiegend die ausnahmsweise Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums staatlicherseits anerkannt, und es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn überhaupt jemals eine Ausnahme von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums staatlicherseits anzuerkennen ist, es in dem Falle geschehen muß, wo der Rechtskundige sich um Rechtsbelehrung an eine staatliche

---

1) RG., B. 6, Nr. 60; Bd. 35, Nr. 34; Seuff. Arch., Bd. 5, Nr. 279, Bd. 46, Nr. 93; Bd. 50, Nr. 83.

2) l. 22,6 C. 1,18 de iuris et facti ignorantia l. 2,9 pr. § 5 D. h. t.

3) Windscheid, Pand., 6. Aufl., Bd. 1, S. 339; Wächter, Pand. § 72, S. 355.

4) im Arch. Bd. 44,3.

Autorität gewandt hat und unrichtig beschieden worden ist."

Eine persönliche Haftung des Kurators würde also nur in diesen Fällen trotz Ueberschreitung seiner Befugnisse auf Grund eines Rechtsirrtums nicht eintreten, wohl aber in anderen Fällen. Der Kontradiktor als Rechtskundiger haftet dagegen in diesen Fällen ebenfalls persönlich und kann sich nicht auf seinen Rechtsirrtum berufen.

Wie steht es mit der Haftung des Kurator und Kontradiktor Dritten gegenüber für unerlaubte Handlungen (es mag der terminus technicus des geltenden Rechtes gestattet sein, da das gemeine Recht ebensowenig wie das römische einen zusammenfassenden terminus kennt), die von ihnen in Ausübung ihrer Befugnisse als Konkursorgane begangen worden sind? Ein allgemeine Haftungsnorm für unerlaubte Handlungen im gemeinen Recht gibt es nicht, da das gemeine Recht diesen Begriff garnicht kennt. Es kommen die allgemeinen Grundsätze der außerkontraktlichen Haftung für dolus und culpa in Betracht, wobei zu beachten ist, daß die actio doli dolus auf seiten des Verletzenden voraussetzt und die actio legis Aquiliae die Verletzung einer bestimmten Sache. Ferner kommen, wie schon im römischen Recht, für die Güterpflege die allgemeinen Grundsätze von der Vormundschaft zur Anwendung. Die rechtliche Stellung der Konkursorgane, hauptsächlich des Kurators, wird, wie schon hinsichtlich seiner Haftung gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner § 5 dargestellt, stets nach den analogen Bestimmungen der Vormundschaft beurteilt. Wie im römischen Recht haftet der Kurator und Kontradiktor für Ansprüche aus den actiones doli et legis Aquiliae allein persönlich[1]). Bereicherungen jedoch muß die Masse herausgeben[2]).

---

[1]) l. 3 D. 26,9; l. 13,7 D. 28,9.

[2]) l. 15 pr. §§ 1 u. 2. D. 4,3.

B. Dogmatischer Teil.

Das deutsche Reichsrecht.

§ 12. Einleitung.

Die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1885 ist das unmittelbare Vorbild der Konkursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877, die neben dem Einführungsgesetz vom gleichen Tage am 1. Oktober 1879 in Kraft getreten ist.

Die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 stellt ein besonderes Konkursverfahren auf über das Vermögen eines Kaufmanns und ein besonderes über dasjenige eines Nichtkaufmanns. Der kaufmännische Konkurs ist das Hauptverfahren und wo nicht im Gesetz bestimmte Abweichungen angeordnet sind, kommen die Vorschriften desselben auch für den sogen. gemeinen Konkurs in Anwendung. Die Unterschiede sind unbedeutend und daher bedarf es bei dieser kurzen Darstellung keiner Sonderung beider. Nach dem Vorgang des Fallimentsgesetzes vom 28. Mai 1838, welches das Vorbild der preußischen KO. ist, gliedert die Konkursordnung das Verfahren in zwei Abschnitte. Bei der Konkurseröffnung wird ein Mitglied des Gerichts zum Konkurskommissar und ein einstweiliger Verwalter vom Gericht von Amtswegen ernannt. Die Verwaltung der Konkursmasse durch den einstweiligen Verwalter beschränkt sich auf die Ermittelung, Sicherstellung und vorläufige Benutzung derselben. Veräußerungen von Mobilien, ebenso wie die Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners können nur dann stattfinden, wenn eine Unterlassung dieser Handlungen der Masse zu großem Nachteile gereichen würde. Zum Abschluß von Rechtsgeschäften, Anstellung von Klagen, sowie zu allen anderen Akten, die größere Bedeutung haben, bedarf er der Genehmigung des Kommissars. Immobilien kann der einstweilige Verwalter nicht veräußern. Nach dem ersten Prüfungstermin kann jeder=

zeit bis zur Durchführung der Schlußverteilung auf Antrag des Gemeinschuldners zwischen ihm und den Gläubigern ein Akkord geschlossen worden. Die definitive Verwaltung kann erst nach dem ersten Prüfungstermin eintreten. Aufgabe der definitiven Verwaltung ist Realisierung und Verteilung der Masse. Der definitive Verwalter, den das Gericht auf Vorschlag der Gläubiger auswählt und ernennt, hat den Verkauf der noch unveräußerten Gegenstände hauptsächlich aber der Immobilien zu betreiben. Obwohl seine Geschäftsführung eine etwas freiere als die des einstweiligen Verwalters ist, so wird doch zu verschiedenen Handlungen wechselseitig die Zustimmung des Gerichtes, des Kommissars, des Verwaltungsrates nötig. Nach der Schlußverteilung muß der definitive Verwalter vor dem Kommissar in Gegenwart des Verwaltungsrates der Konkursgläubiger und des Gemeinschuldners Rechnung ablegen. Hinsichtlich der rechtlichen Stellung dieser beiden Konkursorgane ist zu bemerken, daß sowohl der einstweilige als auch der definitive Verwalter nach dem Wortlaut des Gesetzes[1]) Vertreter der Gläubigerschaft und der Masse sind.

Durch die gesetzliche Festlegung der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters wurde einer Reihe von Streitfragen der Boden entzogen, die durch die absichtliche Nichtnormierung der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters im Reichsrecht auftreten und auftreten müssen. Auch bezüglich der Haftung des Konkursverwalters, die durch die §§ 132 u. 215 preußische KO. geregelt wurde, schaffte die preußische KO. in Verbindung mit einem in ihrem Wirkungsbereich allgemein geltenden bürgerlichen Recht (ALR.) eine klare Rechtslage. Der die Haftung des Konkursverwalters bestimmende § 74 der KO. von 1873 gibt keine so klare Bestimmung, da in der Zeit von 1879—1900 ein für den Geltungsbereich der KO. allgemein gültiges bürgerliches Recht fehlte. Welche Streitfragen sich durch den Umstand ergeben mußten, daß in der Reichskonkursordnung die Haftung des Konkursverwalters für „die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ festgelegt wurde, während anderseits ein all-

[1]) § 131 u. § 215 Pr. KO.

gemein geltendes Obligationenrecht fehlte, wird in § 14 dargestellt werden.

§ 13. Rechtliche Stellung des Konkursverwalters.

Das Gesetz hat die rechtliche Stellung des Konkursverwalters nicht geregelt (die Motive zum Entwurfe einer Konkursordnung[1]) überlassen die Entscheidung hinsichtlich dieser Frage der Wissenschaft). Daher ist, trotzdem diese Frage von den bedeutenden Juristen häufig in Theorie und Praxis behandelt worden ist, doch eine communis opinio bis heute noch nicht erzielt worden und wird auch nicht eher erreicht werden, bis das Gesetz diese Frage geregelt hat. Die in der Wissenschaft aufgestellten Theorien gliedern sich in zwei große Gruppen: in die Amtstheorie und die Vertretungstheorie. Die Amtstheorie stellt die Behauptung auf, dem Verwalter fehle jegliche Vertretereigenschaft. Er übe lediglich als ein vom Staate aufgestelltes amtliches Organ amtliche Befugnisse und Pflichten aus zum Zwecke der Durchführung des Konkurses. Die Vertretungstheorie erachtet den Konkursverwalter als Stellvertreter; bezüglich der Frage aber, als wessen Stellvertreter er anzusehen ist, gehen die Ansichten sehr auseinander und lassen sich etwa in vier Gruppen zusammenfassen. 1) Einige erblicken in dem Konkursverwalter den Vertreter der mit der Rechtssubjektivität ausgestatteten Konkursmasse. 2) Andere sehen in ihm den Vertreter der Gläubiger. 3) Wieder andere sehen ihn sowohl als Vertreter des Gemeinschuldners als auch der Gläubiger an, je nachdem er Rechte des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger ausübt. 4) Eine große Anzahl von Schriftstellern ist der Ansicht, daß der Konkursverwalter einzig und allein Vertreter des Gemeinschuldners ist. Keine in einer der vier genannten Gruppen ausgesprochene Meinung erscheint berechtigt.

1) Die Theorie, den Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse anzusehen, läßt sich aus dem Grunde nicht halten, weil die Konkursmasse ein Vermögensobjekt ist und und daher kein Rechtssubjekt sein kann. Es wäre möglich,

---

[1]) Hahn l. c. S. 46.

die Konkursmasse als Rechtssubjekt anzusehen, wenn sie eine subjektlose Vermögensmasse wäre. Aber nach § 6 KO. verbleibt der Gemeinschuldner Eigentümer seines im Konkurse befangenen Vermögens und somit wäre die Theorie nur dann durchführbar, wenn man im direkten Gegensatz zur KO. annehmen würde, daß die Konkursmasse aufhöre, Vermögensobjekt des Gemeinschuldners zu sein. Andernfalls würde sich die Folgerung ergeben, daß ein und derselbe Vermögenskomplex zwei verschiedene Rechtssubjekte hätte, nämlich den Gemeinschuldner und dann die Konkursmasse als solche selbst. Da aber nach der KO. der Gemeinschuldner Eigentümer seines zur Masse gehörigen Vermögens bleibt, kann die Konkursmasse kein subjektloses Vermögen darstellen, sondern sie hat eben ihr Subjekt in dem Gemeinschuldner, so daß die Konstruktion eines zweiten Subjektes ausgeschlossen ist. Kann so die Konkursmasse keine Rechtsfähigkeit besitzen, so kann auch der Konkursverwalter nicht ihr Vertreter sein[1]).

2) Unter denjenigen Schriftstellern, welche den Konkursverwalter für den Vertreter der Konkursgläubiger erklären, herrscht über die Person der Vertretenen Streit. Einige behaupten, der Konkursverwalter vertrete die einzelnen Gläubiger als Einzelberechtigte[2]). Andere meinen, die Konkursgläubigerschaft als Verbandsperson, als Personengesamtheit, als Gesamtrechtssubjekt werde von dem Konkursverwalter vertreten[3]). Einigkeit herrscht nur darüber, daß die Annahme, der Konkursverwalter vertrete die Gläubiger, sich ergeben müßte, a) aus den Bestimmungen der §§ 80, 86, 133—135 KO.[4]); b) aus einem Pfandrecht oder dinglichen Beschlagrecht, welches den Gläubigern durch die Konkurseröffnung an der Konkursmasse entstände[5]); c) aus dem Anfechtungsrechte des Konkursverwalters gemäß § 36 KO[6]).

1) A. M. Voelderndorff S. 40, Stieglitz S. 41.

2) Hellmann, Lehrb. d. dtsch. KR. S. 632.

3) Seuffert, Dtsch. Konk. Pr. R. S. 151 ff; Kohler, Lehrb. S. 99, 100, Leitfaden S. 73.

4) Kohler, Leitf. S. 213.

5) Seuffert, l. c. S. 151 ff; Kohler, Lehrb. S. 99, 100.

6) Seuffert, l. c. S. 218; Kohler, Lehrb. S. 211.

Abgesehen von den drei angeführten Gründen, welche nach der Ansicht dieser Autoren notwendigerweise den Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger, resp. Konkursgläubigerschaft erscheinen lassen, ergeben sich schon Schwierigkeiten, wenn man den Konkursverwalter als Vertreter der Konkursgläubiger als singuli oder Konkursgläubigerschaft betrachten will. Vertritt der Konkursverwalter die Gläubiger als Einzelberechtigte, dann wird seine Stellung aus dem Grunde unhaltbar, weil einerseits das Interesse des einen Gläubigers mit dem des anderen vielfach von einander abweicht, andererseits man garnicht feststellen kann, wen der Konkursverwalter vertritt, da z. B. in einem Prozeß (in dem man die Konkursgläubiger als Streitgenossen ansehen muß) zur Zeit des Urteils noch nicht festzustehen braucht, wer alles Konkursgläubiger ist. Andererseits können die Gläubiger nicht als Personengesamtheit von dem Konkursverwalter vertreten werden, denn für die Annahme eines Gesamtrechtsverhältnisses fehlt jede gesetzliche Unterlage. Die Konkursordnung gibt auch keinerlei Anhalt, welcher Charakter dieser Personengesamtheit zustehen sollte. Vor allem fehlt dem einzelnen Gläubiger ein Mitrecht an der Konkursmasse. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Masse geht nicht auf die Konkursgläubiger über. Eigentümer der Masse bleibt der Gemeinschuldner, die Gläubiger haben nur einen Anspruch, aus der Masse befriedigt zu werden. Außerdem liegt kein Bedürfnis vor, daß die Konkursgläubiger durch den Konkursverwalter vertreten werden, denn einerseits werden die Interessen der Konkursgläubiger durch den Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung vertreten, andererseits kann jeder einzelne Gläubiger seine Rechte selbst verfolgen. Schließlich würde diese Ansicht in ihren Weiterungen zu der eigenartigen Schlußfolgerung führen, daß bei unzureichender Masse die Gläubiger für die Massekosten haften müssen.

a) Gegen die Auffassung, daß die Vertretung der Gläubiger durch den Konkursverwalter sich aus den Bestimmungen der § 80 usw. KO. folgere, sprechen folgende Gründe: Wenn

auch die Gläubiger ein Wahlrecht hinsichtlich des Konkursverwalters haben[1]), so wird dieser doch nach dem freien Ermessen des Gerichtes ernannt und bestätigt und untersteht lediglich richterlicher Aufsicht. Die Gläubiger haben kein Recht, ihm bestimmte Anweisungen für seine Geschäftsführung zu erteilen und sind nicht in der Lage, auf irgend eine Art unmittelbar auf seine Verwaltungshandlungen mit Wirkung gegen Dritte einen Einfluß auszuüben[2]). Auch dadurch, daß die Befugnisse des Konkursverwalters durch die §§ 133—135 KO. zu Gunsten der Gläubiger eingeschränkt werden, wird ihnen doch kein Mitverwaltungsrecht gegeben, wie das deutlich der § 136 zeigt, der Dritten gegenüber voll und ganz den Grundsatz der alleinigen Verwaltung der Konkursmasse durch den Konkursverwalter aufrecht erhält. Zu den Bestimmungen bezüglich der Rechnungslegung über Verwaltung und Versilberung der Masse[3]) ist zu bemerken, daß die Rechnungslegung auch vom Gemeinschuldner und dem nachfolgenden Konkursverwalter bemängelt werden kann und nur geprüft wird, ob der Verwalter den gesetzlichen Bestimmungen genügt hat, nicht aber, ob er den Wünschen der Gläubiger in einzelnen oder allen Punkten Rechnung getragen hat.

b) Die Ansicht, der Konkursverwalter vertrete die Gläubiger in einem dinglichen Rechte, welches ihnen durch die Konkurseröffnung an dem Vermögen des Kridars entstände, ist deshalb unhaltbar, weil den Gläubigern kein dingliches Recht an dem Gesamtvermögen zusteht. Es ist allerdings vielfach diese Auffassung, ausgehend von der römischen missio in bona auch in deutsche Gesetze übergegangen. So erhalten die Konkursgläubiger nach der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung, Teil 1, Tit. 50. § 31 ausdrücklich ein Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Kridars. Allein diese Bestimmung wurde in der preußischen KO. von 1855 absichtlich weggelassen, weil es genügend erschien, angesichts der genauen

[1]) § 80 KO.
[2]) § 136 KO.
[3]) §§ 88, 132 KO.

Bestimmungen der KO. den Konkursgläubigern die Ausübung des dem Gemeinschuldner entzogenen Vermögensrechtes als Vertreter des Gemeinschuldners zu übertragen[1]). Die Annahme eines solchen dinglichen Rechtes wäre auch nur dann begründet, wenn das Gesetz dasselbe ausdrücklich aussprechen würde. Dies ist nicht der Fall. Die Motive zur KO.[2]) erklären sich gegen diese Annahme: „Die Konstruktion eines Pfandrechts wird als legislatorisch fehlerhaft und unzureichend abgelehnt.“ Man würde auch einen Grundsatz in die moderne Gesetzgebung hineintragen, den sie wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit endgültig zurückgewiesen hat, nämlich den Gedanken an die Möglichkeit des Bestehens eines äußerlich unerkennbaren Generalpfandes. Auch die Praxis RGB. 19,62 hat diese Ansicht verworfen.

c) Die Annahme, daß aus dem Anfechtungsrecht des Konkursverwalters nach § 36 KO. notwendig gefordert werden müßte, der Konkursverwalter vertrete die Gläubiger, ist nicht zu billigen. Vergegenwärtigt man sich, daß der Konkursverwalter durch dieses Recht den Bestand der Masse vergrößert und dadurch eine möglichst weitgehende Befriedigung der Gläubiger herbeiführt, so ergibt sich, daß er eigentlich dem Interesse des Gemeinschuldners dient. Gelingt es ihm z. B. durch Beseitigung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die zum Nachteile der Konkursgläubiger vorgenommen worden sind, die Masse auf eine solche Höhe zu bringen, daß er den Konkursgläubigern 20% der Forderungen gewähren kann, so ist der Gemeinschuldner in der Lage, einen Zwangsvergleich vorzuschlagen. Durch den Zwangsvergleich wird aber der Gemeinschuldner völlig befreit, während er im Falle der Ausschüttung der Masse bei unzureichender Masse den Konkursgläubigern für ausgefallene Forderung weiter haftet.

3) Erscheint somit eine Vertretung der Gläubiger überhaupt als ausgeschlossen, so kann auch einerseits die Meinung, der Konkursverwalter vertrete zugleich Konkursgläubiger und Gemeinschuldner, anderseits auch die Ansicht, der Konkurs-

---

1) Endemann, Ztsch. f. dtsch. Z. P., Bd. 12, S. 517—537.

2) S. 15, Hahn l. c., S. 45.

verwalter vertrete teils die Konkursgläubiger, teils den Gemeinschuldner, als zurückgewiesen gelten[1]).

4) Auch die Ansicht, den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen, kann nicht gebilligt werden. Vertreten heißt keineswegs fremde Rechte ausüben, sondern fremde Rechte im Namen des Vertretenen ausüben. Dem Konkursverwalter stehen nun eine Anzahl von Befugnissen zu, welche dem Gemeinschuldner im Konkurse nicht zustehen, wie sollte bei Ausübung dieser Rechte der Konkursverwalter im Namen des Gemeinschuldners handeln können? Der Gemeinschuldner verliert mit der Eröffnung des Konkursverfahrens das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse. Damit wird aber auch eine Vertretung des Gemeinschuldners in Ausübung dieses Rechtes durch den Konkursverwalter illusorisch, denn der Kridar kann in Ausübung eines Rechtes nicht vertreten werden, das ihm nicht zusteht. Dem Konkursverwalter steht die Befugnis zu, den Gemeinschuldner zum Offenbarungseide zu laden, ja er ist zur Anwendung des schärfsten zivilrechtlichen Zwangsmittels (die Sicherungshaft des Kridars zu verlangen) befugt. Wie will man erklären, daß der Konkursverwalter auch diese Rechte im Namen des Kridars ausübe?

Ferner, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung Rechtsstreitigkeiten für und gegen den Gemeinschuldner anhängig sind, so bestimmt hinsichtlich deren Weiterführung § 10 KO., daß sie vom Konkursverwalter in der Lage, in welcher sie sich zur Zeit der Konkurseröffnung befinden, aufgenommen werden können. Die Bestimmung des § 10 KO. bezieht sich zunächst darauf, daß nach § 240 CPO. für diese, sowie für alle gegen den Gemeinschuldner geführten Prozesse durch die Eröffnung des Konkursverfahrens ipso iure eine Unterbrechung eintritt, offenbar in der Erwägung, daß mit der Eröffnung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner der Dispositionsbefugnis über den Prozeßgegenstand verlustig gegangen ist. Wenn jetzt der Konkursverwalter den Gemeinschuldner

---

1) A. M. Schultze, l. c., S. 36.

repräsentieren soll, so müßten auch die in § 10 KO. gedachten Prozesse unbedingt auf den Konkursverwalter übergehen. Wie ist aber dann zu erklären, daß der Konkursverwalter, der doch als Vertreter des Gemeinschuldners handeln soll, das Recht hat, die Aufnahme des Rechtsstreits abzulehnen? Es ergibt sich somit, daß die Theorie, welche den Konkursverwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners ansieht, sich nicht rechtfertigen läßt.

Wie dargelegt worden ist, kann der Konkursverwalter weder als Vertreter der Konkursmasse noch der Gläubiger, noch der Gläubiger als auch der Gemeinschuldner noch des Gemeinschuldners allein angesehen worden; die rechtliche Stellung des Konkursverwalters muß sich aber normieren lassen und die Amtstheorie hat auch diese Normierung richtig getroffen. Der Konkursverwalter ist ein im öffentlichen Interesse für die Durchführung des Konkurszweckes geschaffenes Organ, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt. Er ist weder Vertreter des Gemeinschuldners noch der Konkursgläubiger. Er kann überhaupt nicht Vertreter sein, weil es an der Person eines Vertretenen fehlt. Er ist zu selbstständiger Verfügung hinsichtlich gewisser Rechte und Pflichten kraft eigenen Rechts, aber auch nicht lediglich im Interesse eines Rechtssubjektes, sondern zur Durchführung einer bestimmten rechtlichen Aufgabe befugt. Er ist ein gänzlich unparteiischer, völlig unabhängiger Dritter, der nur in Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtungen handelt. Die Stellung des Konkursverwalters, ähnlich wie die des Nachlaßverwalters, Testamentsvollstreckers und Zwangsverwalters unterscheidet sich vom Falle der Stellvertretung dadurch, daß die diesen Personen zustehende Macht über fremde Rechte zu verfügen, nicht im Namen und Interesse eines bestimmten Vertretenen, sondern zur Durchführung des ihnen im allgemeinen übertragenen Interesses geübt wird, das nicht auf eine bestimmte Person beschränkt ist. Da diese Aufgabe darin besteht, Rechte von Personen mit widerstreitenden Interessen zu wahren, würde eine Vertretung weder stets möglich sein,

noch den Anforderungen des Rechtslebens entsprechen. Auch das Reichsgericht RGE., Bd. 29, S. 36, rechtfertigt diese Theorie, indem es ausführt: „Der Konkursverwalter kann bei Wahrnehmung der Interessen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger nicht als deren Vertreter angesehen werden, sondern er handelt lediglich in Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtungen.“ Dem Konkursverwalter muß jede Beziehung zu der im Konkurse einander bekämpfenden Personen abgesprochen werden und es tritt so ein mit staatlich garantierter Unparteilichkeit ausgerüsteter Tertius in das Verfahren ein, der sehr geeignet ist, den so vielfach durcheinander greifenden Interessen im Konkurse die zweckmäßigsten Dienste angedeihen zu lassen.

Ist somit dargestellt worden, welche von den Theorien als meistberechtigte erschien, kann zur Darstellung der Haftung des Konkursverwalters übergegangen werden.

§ 14. Haftung des Konkursverwalters gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner gemäß der Konkursordnung von 1879.

Der § 74 der KO. von 1879 lautet: „Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.“

Die Motive (Hahn l. c. S. 281) sagen: „Beide gemeinrechtlichen[1]) Bestimmungen eignen sich, solange es an einem gemeinsamen Obligationenrecht fehlt, nicht zur Aufnahme in ein Reichsgesetz, da sie in den verschiedenen Rechtsgebieten einen verschiedenen Inhalt haben würden. Es wäre aber unangemessen, den Grad der Verantwortlichkeit des Verwalters nicht für das ganze Reichsgebiet gleichmäßig festzusetzen.

Wäre man nun auf der Bahn fortgeschritten, welche der Artikel 334 HGB. so glücklich betreten hatte und hätte eine analoge Bestimmung gegeben, (freilich nicht durch Wiederholung dieser Worte, welche, wie die Motive in einer Note richtig bemerken, nur für den Handelsverkehr passen würden) so wäre einer Anzahl von Streitfragen der Boden entzogen worden. Wenn die Motive mit Rücksicht auf den „ordent-

[1]) culpa lata, culpa levis.

lichen Hausvater" sagen, der Konkursverwalter soll für culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne haften, so läßt sich nicht ersehen, woraus dies aus dem Gesetz hervorgeht. Weshalb sollte der Richter im Gebiet des preußischen Landrechtes den Ausdruck: „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" nicht nach ALR. Teil I, Tit. 3, § 18 ff und Tit. 5, § 277 ff, der in Bayern Urteilende nicht nach bayrischem Landrecht auslegen? Die Motive zur KO. sind weder ein Teil des Gesetzes noch unbedingt bindende Erklärungen für jede Bestimmung. Was in den Motiven als beabsichtigt angegeben ist, im Gesetz aber keinen Ausdruck gefunden hat, kann nicht als Gesetz angesehen werden. Was in den Motiven de lege ferenda als wünschenswerte oder abzulehnende Vorschrift aufgestellt ist, ist von dem zu unterscheiden, was in den Motiven als wirklicher Inhalt des Gesetzes dargestellt wird. Die natürliche Neigung, Vorschriften, welche als wünschenswert erkannt werden, und die sachlich noch mehr begründete Voraussetzung, daß das Gesetz keine Lücken enthalte, haben die Praxis in mancher Beziehung dazu geführt, die Lösungen der Motive auch im Gesetz ausgedrückt zu finden. Jedoch ist unter allen Umständen zu betonen, daß die Motive nicht Gesetz sind und daß es der freien wissenschaftlichen Erörterung überlassen bleiben muß, die in der KO. nach Geist und Wort wirklich ausgedrückte Tragweite der Vorschriften darzustellen. Die Ansicht, welche die Motive zu § 74[1]) aussprechen, daß der Grad der Haftungspflicht für den Verwalter für das ganze Reichsgebiet gleichmäßig festgestellt werden soll, teilt das Reichsgericht.[2])

„Es muß nämlich, wie dies bei ähnlichen Bestimmungen von Reichsgesetzen, z. B. Art. 282 HGB., bei §§ 1 und 2 des Hafpflichtgesetzes vom 7. Juli 1871 geschehen ist, auch bei § 74 KO. angenommen worden, daß dadurch ein einheitliches Recht für das ganze Reich hat geschaffen werden sollen. Die hiernach beabsichtigte Einheitlichkeit des Rechtes würde nicht bestehen, wenn die in den einzelnen deutschen Rechts-

---

[1]) Hahn, l. c., S. 281.

[2]) RG. Bd. 39, S. 97.

gebieten geltenden landesrechtlichen Bestimmungen in, welchen Fällen die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters als gewahrt oder verletzt zu gelten habe und welche Bedeutung insoweit insbesondere einem Irrtum beizumessen sei, zur Anwendung zu bringen wären. Es muß deshalb diese Frage bei Anwendung des § 74 KO. nach einheitlichen aus der Natur der Sache und allgemeinen Rechtsprinzipien abzuleitenden Erwägungen beurteilt werden und die gemein- und partikularrechtlichen Sondervorschriften kommen nur insoweit in Betracht, als sie Bezeugungen der in Deutschland zur Herrschaft gelangten allgemeinen Rechtsanschauung sind, nicht aber als an sich maßgebende Rechtsnormen."

Bei einer Prüfung der Sorgfalt des § 74 kam es daher immer darauf an, zu prüfen, ob der Verwalter die Sorgfalt angewendet hat, welche ein ordentlicher Hausvater anzuwenden pflegt, wenn er als Verwalter aufgestellt wird. Der Verwalter muß sich also so verhalten, wie man es von einem ordentlichen Verwalter erwarten kann und muß. Tut der Verwalter etwas, was nach den allgemeinen, im Verkehrsleben giltigen Anschauungen bei einem Verwalter eine Pflichtwidrigkeit oder Nachlässigkeit bedeutet, so haftet er, mag dies nach römischem Recht, culpa levis, culpa lata oder gar keine culpa sein. Ein Beispiel mag dies erläutern: Die Konkursmasse ist ein großes Geschäft. Der Konkursverwalter betreibt nun dieses Geschäft wie er, der zufällig Krämer ist, es als sorgfältiger und ordentlicher Hausvater gewohnt ist. Er verletzt die diligentia diligentis patris familiae in abstracto nicht, haftet aber doch, da er sich nicht so verhält, wie man es von einem Manne zu verlangen gewohnt ist, dem die Geschäftsführung eines großen Hauses übertragen ist. In diesem Falle gehörte es zu der diligentia, daß der Krämer vor der Übernahme der Verwaltung sich klar machen mußte, ob er überhaupt zur Führung eines solchen Geschäftes befähigt sei. In dem Unterlassen dieser Erwägung liegt schon ein Verstoß gegen die diligentia, für den er auch dann haftet, wenn er die Verwaltung so geführt hat, wie er sie der diligentia entsprechend hielt. Die Fassung des § 74 KO. war, solange

die KO. in Gebieten verschiedenen Rechts angewendet wurde, von eigenartiger Bedeutung, denn es lag in den Jahren 1879—1900 die Tatsache vor, daß für den Haftungsgrad des Konkursverwalters eine Normierung getroffen war, die infolge Fehlens eines gemeinsamen Obligationenrechtes keine Stütze in den einzelnen Landesgesetzgebungen finden konnte und dennoch ausreichend erschien und wohl auch ausreichend war. Man wollte eben für das gesamte Geltungsgebiet der KO. eine einheitliche Haftungsnorm schaffen und dies war nur möglich, wenn man jegliche Anlehnung an die Bestimmungen der einzelnen Landesrechte vermied. Es kann wohl behauptet werden, daß in der Literatur sowie Rechtsprechung bald die vom Reichsgericht[1]) vertretene Ansicht hinsichtlich des Haftungsgrades des Konkursverwalters allgemein anerkannt wurde. Jedoch entbrannte sehr bald ein lebhafter Streit, wem gegenüber diese persönliche Verantwortlichkeit des Konkursverwalters bestehen sollte. Gesetz und Motive geben für diese Frage nicht den geringsten Anhalt. Mit Rücksicht auf den Zweck des Konkursverfahrens und den Pflichtenkreis des Konkursverwalters wurde in Literatur und Rechtsprechung[2]) als feststehend erachtet, daß die Haftbarkeit des Konkursverwalters aus § 74 den Konkursgläubigern und Gemeinschuldnern gegenüber besteht. In der Literatur weichen aber die Ansichten, insoweit die Haftung des Verwalters gegenüber einzelnen Konkursgläubigern und Dritten, namentlich Aus- und Absonderungsberechtigten, in Betracht kommt, sehr von einander ab.

Sarwey-Bossert[3]) sagt: „Der Verwalter haftet für culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne sowohl dem Gemeinschuldner als auch den Gläubigern, welche durch sein Verhalten beschädigt sind. Dritten gegenüber, namentlich den Aus- und Absonderungsberechtigten gegenüber unterliegt sein Verhalten den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes über die Entschädigungspflicht

[1]) B. 39, S. 97.

[2]) RG. B. 23, S. 59; B. 25, S. 22; B. 29, S. 36; B. 34, S. 29.

[3]) Komm. 1896 S. 554.

außerhalb der Vertragsverhältnisse.“ Derselben Ansicht ist Willenbücher[1]). Stieglitz[2]) sagt:

„Der Verwalter haftet den Gläubigern und dem Gemeinschuldner nicht wie der Vormund und der Massekurator nur für diligentia quam in suis, sondern für culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne.“

v. Völderndorff[3]) sagt:

„Die Haftung des Verwalters besteht weder allein dem Gemeinschuldner noch allein den Konkursgläubigern gegenüber. Er ist der Güterpfleger der Masse, also haftet er für die der Masse zugewendete Sorgfalt, er ist demjenigen verantwortlich, welcher durch Nichtanwendung dieser Sorgfalt geschädigt wird, sei es wer immer.“

Petersen-Kleinfeller[4]) sagt:

Die Konkursordnung bestimmt bloß das Maß der Sorgfalt, welche der Verwalter anzuwenden hat, regelt dagegen nicht die Entschädigungspflicht des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner, den einzelnen Gläubigern und dritten Personen, z. B. Aussonderungsberechtigten, welche durch sein Verhalten geschädigt werden, ob und in welchem Umfange eine Verpflichtung zum Schadenersatz besteht, richtet sich vielmehr nach bürgerlichem Recht... Daß der Verwalter gegenüber dem Gemeinschuldner und den Gläubigern, zu denen er immerhin in einem besonderen dauernden Rechtsverhältnis steht, wenn er auch nicht deren Vertreter ist, zum Ersatze des durch sein Verschulden verursachten Schadens verpflichtet ist, wird nach jedem Rechte anzunehmen sein. Anders liegt die Sache dagegen in Ansehung Dritter, zu denen der Verwalter nicht in einem besonderen, aus seiner Stellung entspringenden Rechtsverhältnis steht. Solche Personen werden nur dann von dem Verwalter persönlich Entschädigung verlangen können, wenn nach dem bürgerlichen Rechte der Grundsatz gilt, daß jedermann zum Ersatze des Schadens

---

1) Komm. 1885, § 74,2.

2) Komm. 1879, § 74.

3) Komm. 1885, § 74.

4) Komm. 1890, 2. Aufl. S. 325.

verpflichtet ist, der einem anderen durch sein Verschulden erwachsen ist. Soweit ein solcher besteht, können aber Dritte geltend machen, daß der Verwalter die ihm nach § 74 obliegende Sorgfalt nicht betätigt haben und daß deshalb ein Verschulden desselben vorliege."

Wilmowski[1]) sagt:

„Der § 74 ist hinsichtlich der Person derjenigen, welche dem Verwalter gegenüber berechtigt sind, die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu verlangen und ihn für die Unterlassung haftbar zu machen, aus dem System der Konkursordnung und der Stellung des Verwalters zu ergänzen. Der Verwalter ist als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners und zwar als ein im Interesse der Konkursgläubiger bestellter Vertreter, sowohl dem Gemeinschuldner als den Konkursgläubigern gegenüber zur Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verpflichtet... Andere, insbesondere auch Aus- und Absonderungsberechtigte haben mit Rücksicht auf die rechtliche Stellung des Verwalters überhaupt kein Recht auf Schadenersatz aus § 74. Sie können sich, da der Verwalter durch seine Handlungen die Masse verpflichtet, als Massegläubiger an die Masse halten und sofern sie als Dritte einen außerkontraktlichen Schaden erlitten haben, können sie nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen des bürgerlichen Rechtes über Schadenzufügung Ansprüche machen."

In der Literatur ist somit keine Übereinstimmung hinsichtlich der Personen, welchen der Konkursverwalter nach § 74 haften soll, erzielt worden. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat wenig zur Klärung dieser Frage beigetragen. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1894, Bd. 34, S. 29 läßt die Frage bezüglich der Anwendung des § 74 gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten, Massegläubigern und Dritten unentschieden. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. November 1895, Bd. 36, S. 93 bejaht die Anwendung des § 74 den Massegläubigern gegenüber.

---

[1]) Komm. 1893, § 74.

„Ihr (der Massegläubiger) Vertrauen kann sich ungerechtfertigt erweisen, wenn die Masse entweder vom Anfang an unzulänglich ist oder infolge durch Absonderung unzulänglich wird; soweit aber Masse vorhanden ist, muß der Konkursverwalter für ihre Befriedigung bezw. Sicherstellung mit der Masse sorgen. . . . . . Hat der Konkursverwalter auch im Falle . . . . . . die Pflicht, für die Befriedigung und Sicherstellung der Massegläubiger zu sorgen, so ist er für die schuldvolle Nichterfüllung der Pflicht persönlich aus § 74 KO. verantwortlich. Er hat daher auch selbst culpa levis zu vertreten."

Die Frage: Wem gegenüber die Haftung des Konkursverwalters nach § 74 außer den Konkursgläubigern und Gemeinschuldner noch Platz greift, ist, wie dargestellt, weder in der Literatur noch Praxis gelöst worden. Die bestehende weitgehendste Zersplitterung der Ansichten hinsichtlich dieser Punkte ist gezeigt worden und dieses ist eben nur möglich und erklärlich, wenn man in Erwägung zieht, daß sich weder in dem Wortlaut des § 74 und in den übrigen Bestimmungen der KO. noch in den Motiven irgend ein diesbezüglicher Hinweis findet. Eine Stellungnahme zu dieser Frage ist daher ziemlich mißlicher Natur; denn ohne jegliche gesetzliche Stütze allein aus allgemeinen Erwägungen und Konstruktionen heraus mit Sicherheit eine theoretische Entscheidung zu fällen, ist ein zum mindestens sehr angreifbares, wenn nicht aussichtsloses Unterfangen und mag daher unterbleiben.

§ 15. Die Haftung des Konkursverwalters gegenüber Konkursgläubigern und Gemeinschuldner gemäß der Konkursordnung von 1900.

Mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches und seiner Nebengesetze ergab sich die Notwendigkeit, auch die KO. den Vorschriften des neuen Reichsrechts anzupassen. Daher mußte auch infolge der einheitlichen Normierung für das Maß jeglicher aufzuwendenden Sorgfalt in dem § 276 BGB., welcher auch auf den Konkursverwalter und die ihm obliegenden Pflichten Anwendung findet, eine andere Fassung

des § 74 nunmehrigen § 82 getroffen werden. Er lautet jetzt „der Verwalter ist für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten verantwortlich:

§ 276 BGB. lautet:

Der Schuldner hat, sofern nichts anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Die Vorschriften § 827, 828 finden Anwendung. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden."

Von dem Konkursverwalter wird nicht schlechthin die „erforderliche", sondern „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" gefordert. Darunter ist diejenige Sorgfalt zu verstehen, welche in dem gesunden und normalen Verkehr für erforderlich gehalten wird, mag diese im einzelnen Falle auch nicht genügen, einen Schaden abzuwenden, während eine noch größere Sorgfalt dazu genügt hätte. Die Ansicht, daß durch die Bezugnahme auf den Verkehr und das nach dessen Auffassung Erforderliche die Objektivität des Maßstabes verloren ginge, ist nicht zu billigen. Unter dem Verkehr wird man nicht allein den geschäftlichen Verkehr verstehen dürfen, sondern denjenigen Verkehr, welcher bei dem einzelnen Verhältnis, um das es sich handelt, in Betracht kommt. Wird bei Handelsgeschäften die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erforderlich, so wird in anderen Verhältnissen die Sorgfalt eines ordentlichen Arztes oder ordentlichen Rechtsanwaltes verlangt. Die Individualität des Handelnden kommt bei der Frage, ob er fahrlässig gehandelt hat, nicht in Betracht. Auch von demjenigen wird die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gefordert, welcher nach seinen individuellen Anlagen und Gewohnheiten einer solchen Sorgfalt nicht fähig ist. Wer sich nicht zutrauen darf, die Verwaltung der Masse oder der bestimmten Masse führen zu können, muß die Annahme der Verwaltung ablehnen. Eine Erleichterung dieses Grundsatzes gewährt die Bestimmung, daß nach § 276 BGB., Abs. 1, S. 3 die §§ 827, 828 Anwendung finden. § 827 BGB. bestimmt, daß, wer sich zurzeit der Zufügung

eines Schadens im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, nicht für einen von ihm zugefügten Schaden verantwortlich ist. In § 827, S. 2 wird für den Fall der Trunkenheit eine besondere Bestimmung gegeben. § 828 kommt für den Konkursverwalter nicht in Betracht. Das BGB. bezeichnet die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis mit dem Ausdrucke „Kennenmüssen"[1]). Wird also eine rechtliche Wirkung davon abhängig gemacht, daß jemand einen Umstand kennt oder kennen muß, so tritt die Wirkung ein, sowohl wenn er den Umstand wirklich kennt als wenn er ihn nicht kennt, aber seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht. Auch in einer Unterlassung kann Vorsatz und Fahrlässigkeit des Konkursverwalters begründet sein. (RG. Bd. 34, S. 26 „die ihm bekannten Rechtsverhältnisse verschwiegen hat".) Ohne Vorsatz und Fahrlässigkeit ist eine Haftung des Konkursverwalters nach § 82 KO. nicht begründet. Es genügt nicht der Umstand allein, daß eine Handlung der Konkursmasse zum Nachteil gereicht[2]). Der Begriff Fahrlässigkeit umfaßt auch den nicht entschuldbaren Irrtum. In diesem Falle haftet der Konkursverwalter nach der Bestimmung des § 82 KO. Dagegen kann in gewissen Fällen Rechtsirrtum über zweifelhafte Rechtsfragen entschuldbar sein, hauptsächlich bei einem nicht juristisch gebildeten Konkursverwalter[3]). Bei der Entscheidung des Reichsgerichts liegt der Tatbestand zugrunde, daß der Konkursverwalter durch rechtsirrtümliche Anordnung des Konkursgerichtes angewiesen worden ist, die Befriedigung gewisser Masseschuldner zu unterlassen. Der Konkursverwalter hat die Anordnungen des Gerichtes befolgt und ist später von den Massegläubigern haftbar gemacht worden. Das Reichsgericht hat dahin entschieden, daß dieser Irrtum des Konkursverwalters als entschuldbar anzusehen sei und keine Haftung für ihn begründe. Der

1) § 122 Abs. 2.

2) RG. Badische Annalen 64, S. 75.

3) RG. Bd. 39 S. 97; Gruchot Bd. 44, 1224.

Umfang der Ersatzpflicht des Konkursverwalters ist durch die §§ 249, 252, 254, 255 BGB. gegeben. Hinsichtlich der Haftung des Konkursverwalters für einen Gehilfen sagt Wilmowski[1]): „Bedient sich der Verwalter eines Gehilfen, so haftet er für ihn nach Maßgabe des BGB. § 831.“ In dieser Kürze kann die Anmerkung leicht zu Fehlschlüssen führen. Die Erleichterung der Haftung für culpa in eligendo kann nur eintreten für Schäden, die der Gehilfe in Ausführung einer Verrichtung einem Dritten außerhalb jedes Vertragsverhältnisses zum Dritten widerrechtlich zufügt. Wie steht es aber, wenn der Gehilfe den Personen einen Schaden zufügt, die unter „die Beteiligten“ des § 82 zu rechnen sind? In diesem Falle muß § 278 BGB. Geltung finden; denn die Verletzten stehen in einem Rechtsverhältnis zu dem Konkursverwalter, das zwar nicht durch den freien Willen der Parteien, sondern durch die gesetzliche Bestimmung des § 82 begründet ist. Auch das Reichsgericht[2]) bestimmt, daß der Konkursverwalter bei Ausübung der die Konkursmasse betreffenden Verwaltungs- und Verfügungsrechte kein Dritter ist. Für Handlungen seiner Gehilfen haftet „den Beteiligten“ gegenüber der Konkursverwalter gemäß § 278 BGB. Wer sind „die Beteiligten“ des § 82? Es besteht hier dieselbe Schwierigkeit, welche schon bei dem § 74 der KO. auftrat. Jetzt herrscht zwar kein Streit mehr über den Haftungsgrad des Konkursverwalters, wohl aber über den Kreis der Personen, welche unter die Bezeichnung „Beteiligte“ gehören sollen.

Während sich bei dem § 74 infolge des Fehlens jeglichen gesetzlichen Anhaltes unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben und wohl keine von den vertretenen Ansichten ohne weiteres unhaltbar erschien, hat jetzt zwar weniger die Fassung des § 82 als vielmehr die Begründung zur Konkursnovelle vom 17. Mai 1898 eine feste Basis geschaffen. Allerdings ist die Begründung kein Gesetz und was in der Begründung als beabsichtigt oder erfolgt dargestellt ist, im Gesetz aber keinen

[1]) Komm. § 82 Anm. 1.

[2]) JW. 07, 105.

Ausdruck gefunden hat, kann nicht als Gesetz angesehen werden, trotzdem werden aber nicht zu übersehende Hinweisungen gegeben. Die Begründung zur Konkursnovelle[1]) bestimmt: „Die Vorschriften der §§ 74, 82 sind mit dem § 154, Satz 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung, welcher die Verantwortlichkeit des Verwalters bei der Zwangsverwaltung regelt, in Einklang gebracht."

In dem Zwangsversteigerungsgesetz § 154 ist die Vorschrift: „Allen Beteiligten" zuerst aufgenommen worden.

Der § 154 ZVG. lautet:

„Der Verwalter ist für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten gegenüber verantwortlich.

Er hat den Gläubigern und dem Schuldner jährlich und nach Beendigung der Verwaltung Rechnung zu legen. Die Rechnung ist dem Gericht einzureichen und von diesem den Gläubigern und Schuldner vorzulegen".

§ 9 ZVG. lautet:

„In dem Verfahren gelten als Beteiligte außer den Gläubigern und Schuldner:

1. usw.

Es werden eine Reihe von bestimmten Personen aufgeführt, die von der Zwangsverwaltung unmittelbar betroffen werden und daher als Beteiligte in dem Verfahren anzusehen sind. Der Umstand allein, daß jemand mit dem Verwalter ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, genügt nicht, um ihn als Beteiligten im Sinne des § 154 ZVG. erscheinen zu lassen. Daher wird man auch zu den Beteiligten des § 82 KO. Personen, welche mit dem Verwalter Verträge abgeschlossen oder mit denen er durch irgendeine Handlung in Rechtsbeziehungen getreten ist, nicht rechnen dürfen. Die in der Literatur herrschende Ansicht rechnet zu den Beteiligten des § 82, außer den Konkursgläubigern und Gemeinschuldner die Aus- und Absonderungsberechtigten, sowie die Massegläubiger[2]).

[1]) Hahn-Mugdan, die ges. Mat. z. T. Justizges. 1898, S. 243.

[2]) Wilmowski, § 82, Anm. 2 u. 3; Jaeger, § 82, Anm. 2; Willenbücher, § 82, Anm. 2; Kohler, Leitf. § 241; Petersen-Kleinfeller, § 82, Anm. 2; Fitting, § 29, III.

Sarwey-Bossert[1]) hält trotz der Fassung des § 82 an der Ansicht fest, die er anläßlich des § 72 im Kommentar vom Jahre 1896 ausgesprochen hat:

„Dritten gegenüber, namentlich den Aus- und Absonderungsberechtigten gegenüber, die als solche nicht Beteiligte im Konkursverfahren sind, unterliegt sein Verhalten den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes über die Entschädigungspflicht außerhalb der Vertragsverhältnisse."

Auch den Massegläubigern gegenüber hat nach seiner Ansicht § 82 keine Wirkung, wenn auch nur ein negativer Schluß dies annehmen läßt. Er sagt nämlich weiter:

„Gleich wie in einem Obligationenverhältnisse[2]) soll kraft Gesetzes der Verwalter nicht nur für Vorsatz, sondern auch für Fahrlässigkeit und zwar sowohl gegenüber Gemeinschuldner als auch gegenüber den Konkursgläubigern, welche durch sein Verhalten geschädigt sind, haften."

Auch Wolff[3]) ist derselben Ansicht. Die Ansicht dieser beiden Schriftsteller ist jedoch nicht zu billigen, wie sich aus der dargelegten Entstehungsgeschichte der Fassung des § 82 ergibt. Da sich im allgemeinen und im voraus nie bestimmen läßt, welche Aufgaben dem Verwalter im Konkurse entstehen können, so ist nur eine Darlegung der Haftung des Konkursverwalters im allgemeinen möglich, aber auch ausreichend. Hinsichtlich der Aus- und Absonderungsberechtigten, sowie der Massegläubiger ist im einzelnen noch folgendes zu bemerken:

Gegenüber den Aussonderungsberechtigten hat der Konkursverwalter die besondere Pflicht, von Amts wegen die Aussonderung vorzunehmen, sobald er nach der Besitznahme der Masse einen Gegenstand als nicht zur Masse gehörig erkennt. Schuldhafte Verletzung eines geltend gemachten Aussonderungsrechtes macht den Verwalter persönlich haftbar[4]).

---

[1]) Komm. 1901, § 82.

[2]) § 276 BGB.

[3]) Komm. 1900, § 82, Anm. 3.

[4]) RG. Bolze 19, Nr. 809.

Jedoch ist in diesem Falle auch die Masse haftbar auf vollen Schadenersatz, wie sich aus § 59,1 KO. in Verbindung mit 823 BGB. ergibt [1]).

Absonderungsberechtigte dagegen müssen ihre Ansprüche gegen den Konkursverwalter geltend machen, da einerseits die Absonderungsgegenstände zur Masse gehören, andererseits der Konkursverwalter nicht die Pflicht hat, von Amts wegen, Absonderungsrechte zu berücksichtigen [2]). Verletzt der Konkursverwalter schuldhaft ein geltend gemachtes Absonderungsrecht, so ist er persönlich für den Schaden verantwortlich [3]). Liegt aber kein Verschulden des Konkursverwalters vor, so haftet er nicht [4]).

Den Massegläubigern haftet der Konkursverwalter nach § 82 nur, wenn er pflichtwidrig schuldhaft unterlassen hat, von Amts wegen für die Berichtigung der Massenverbindlichkeiten Sorge zu tragen [5]). Hierbei ist jedoch zu beachten, daß Massegläubiger, die nach 172 KO. ausgeschlossen sind, sich nicht an den Konkursverwalter persönlich halten können, wenn der zu ihrer Befriedigung zurückbleibende Teil der Masse nicht ausreicht. Auch der Staatskasse gegenüber macht der Konkursverwalter sich persönlich haftpflichtig, wenn er bei Ausschüttung der Masse schuldhaft unterlassen hat, für Deckung der Gerichtskosten durch Zurückbehaltung des nötigen Betrages Sorge zu tragen [6]). Zu beachten ist aber, daß der Bestand der Masseforderung durch den § 82 nicht berührt wird, so könnten z. B. Gesellschafter des Gemeinschuldners nach 708 BGB. nur Haftung für die in eigenen Angelegenheiten aufgewendete Sorgfalt verlangen. In diesem Falle sind sie wohl kaum berechtigt, von dem Verwalter bei beschränkter Fortsetzung der Gesellschaft auf Grund des § 82 KO. ein Einstehen für die im Verkehr übliche Sorgfalt

[1]) RG. Bolze 4, Nr. 1574.

[2]) RG. 14, S. 3; 23, S. 57.

[3]) RG. 33, S. 116.

[4]) RG. Bolze 4, 1580.

[5]) RG. Bd. II, S. 24; Bd. 36, S. 39.

[6]) Jur. Ztschr. f. Elf.-Lothr. Bd. 10, S. 458.

zu verlangen, da doch für die Masse der Gesellschaftsvertrag bestehen bleibt.

Kann nach diesen Ausführungen die Feststellung der Haftung des Konkursverwalters für Handlungen und Unterlassungen innerhalb seiner Befugnisse sowohl hinsichtlich des Grades der Haftung als auch hinsichtlich der Personen, denen gegenüber sie nach § 82 Platz greift, als erfolgt gelten, so besteht die weitere Frage: Wie gestaltet sich das Haftungsverhältnis des Konkursverwalters diesen Personen gegenüber bei Handlungen, die außerhalb seiner Befugnisse als Konkursverwalter liegen? Während des Konkurses ist ein solcher Fall nur denkbar, wenn der Verwalter Handlungen vornimmt, die dem Zweck des Konkursverfahrens widersprechen. Solche Verfügungen sind der Masse gegenüber einfach nichtig, wie z. B. eine Schenkung.[1]) Wenn aber trotzdem die Masse einen Schaden erleidet, so haftet der Konkursverwalter für diesen Schaden den Gläubigern und dem Gemeinschuldner persönlich nach Maßgabe des § 82 KO., da in dem Überschreiten seiner Befugnisse die Verletzung der im § 82 geforderten Sorgfalt liegt. Stellt sich die Überschreitung seiner Machtbefugnisse nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes als eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. dar, so werden die sich aus diesem Paragraphen ergebenden Haftungsbestimmungen, die in jedem Falle eine scharfe Haftung bedingen werden, durch den § 82 KO. nicht berührt[2]). Werden durch diese Handlungen des Konkursverwalters nur Rechte der Aus- und Absonderungsberechtigten verletzt, immer unter der Voraussetzung, daß die Verletzung nicht im Interesse der Masse geschehen ist, denn wäre das der Fall, so würde der Konkursverwalter innerhalb seiner Befugnisse handeln und daher, wenn er schuldhaft ein konkursmäßig geltend gemachtes Ab- und Aussonderungsrecht verletzt hat, nach § 82, neben der Masse persönlich haften, so muß unterschieden werden, ob diese Rechte dem Konkursverwalter konkursmäßig bekannt waren oder nicht. In beiden Fällen

[1]) RG. Bd. 29, S. 80.

[2]) RG. 15 I. 1904 J. W. S 113 Nr. 11.

können Aus- und Absonderungsberechtigte eine Haftung des Konkursverwalters aus § 82 KO. nicht herleiten, denn der Konkursverwalter hat nicht als solcher gehandelt, da er seine Befugnisse überschritten hat und kann daher nicht als Konkursverwalter haften. Sind dagegen dem Konkursverwalter diese Rechte konkursmäßig bekannt, so bestimmt sich die Haftung des Konkursverwalters gegenüber den Aus- und Absonderungsberechtigten für derartige Handlungen (soweit natürlich nicht eine unerlaubte Handlung nach § 823 ff. BGB. vorliegt) nach den §§ 677—686 BGB. Sind dagegen dem Konkursverwalter diese Rechte konkursmäßig nicht bekannt und liegt bezüglich dieser Tatsache auch kein Verschulden des Konkursverwalters vor, so bestimmt sich die Haftung des Konkursverwalters gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten (vorausgesetzt, daß keine unerlaubte Handlung nach § 823 ff. BGB. vorliegt), für derartige Handlungen nach dem § 887 BGB. Ein näheres Eingehen auf die Haftungsverhältnisse, welche sich aus Handlungen des Konkursverwalters ergeben, die von ihm außerhalb seiner Befugnisse als Konkursverwalter vorgenommen worden sind, liegt nicht im Rahmen der Arbeit, da der Konkursverwalter hinsichtlich dieser Handlungen den Interessenten lediglich als Dritter haftet.

Es besteht schließlich noch die Frage, ergibt sich nicht noch eine weitergehende persönliche Haftung des Konkursverwalters gegenüber den Beteiligten des § 82 KO. für unerlaubte Handlungen im Sinne des § 823 ff. BGB. aus der beamtenartigen Stellung des Konkursverwalters? Könnte nicht z. B. eine Schadensersatzpflicht des Verwalters wegen schuldhafter Pflichtverletzung aus § 839 BGB. hergeleitet werden, da doch auch die Untreue des Konkursverwalters in § 266, 1 Str. G. B. besonders geregelt ist?

Diese Frage ist zu verneinen. Das Amt des Konkursverwalters ist kein Staatsamt, der Verwalter als solcher kein Staatsbeamter. Zwar wird er vom Konkursgericht ernannt und durch eine Bestallung legitimiert, beaufsichtigt und entlassen. Jedoch wird der Verwalter nicht im Dienste des Staates angestellt, sondern im Interesse der Konkursgläubiger

und des Gemeinschuldners (RGZ. 34, 29; Z 52, 110). Darum ist sein Amt kein Staatsamt, sondern entsprechend dem Amte des Vormundes ein Privatamt. Er kann daher im strafrechtlichen Sinne weder eine passive Bestechung (§ 331 f. Str.G.B.) noch Mißbrauch der Amtsgewalt (§ 339) noch eine Amtsunterschlagung begehen. Die Untreue des „Massenverwalters“ ist nach der Entscheidung der Reichsgerichts (RG.Str.Z. 26, 108) nicht als Amtsdelikt geregelt, sondern zum Gegenstand einer besonderen Strafvorschrift § 266, Str.G.B. gemacht worden.

§ 16. Haftung des Konkursverwalters gegenüber anderen für alle Handlungen mit Ausnahme der unter die §§ 823 ff BGB. fallenden.

Das Bedürfnis des Verkehrs hat zur Anerkennung der direkten Stellvertretung geführt. Das BGB. bringt die hierauf bezügliche Entwicklung zum Abschluß, es hat in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts grundsätzlich die Repräsentationstheorie angenommen. Nach dieser Theorie ist Geschäftspartei der Vertreter, da er aber den Vertretenen repräsentiert, so wird das Geschäft hinsichtlich des Erfolges so behandelt, als wäre es von dem Vertretern vorgenommen. Die Zulassung der direkten Stellvertretung ermöglicht es, die Rechtshandlungen des einen unmittelbar für den anderen wirken zu lassen. Aus den Vorschriften des BGB. ergibt sich als leitender Grundsatz, daß die Erfordernisse der Willenserklärung oder der Entgegennahme einer solchen aus der Person des Vertreters beurteilt werden, die rechtliche Wirkung aber in der Person des Vertretenen eintritt. Zu beachten ist hier, daß die Bestellung wie die des Vormundes nur die Bedeutung eines gerichtlichen Zeugnisses darüber hat, daß die durch die Urkunde ausgewiesene Person als Verwalter bestellt ist. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Verwalters hängt von der Erteilung der Urkunde nicht ab. Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger, auf die Bestellung vertrauender Dritter, wie sie

für die Vollmacht[1]) und für den gerichtlichen Ausweis des des Testamentsvollstreckers[2]) gelten, bestehen für die Bestellung des Verwalters nicht. Wer mit einem angeblichen Konkursverwalter kontrahiert, hat auf eigene Gefahr den Bestand der Vertretungsmacht zu prüfen[3]). Die vom Verwalter innerhalb seiner Vertretungsbefugnis vorgenommenen Rechtshandlungen wirken also für und gegen die Masse, wenn der Verwalter sie ausdrücklich als solche vorgenommen hat, oder die Umstände ergeben, daß er sie als Verwalter hat vornehmen wollen[4]). Liegt jedoch letztere Voraussetzung nicht vor, so könnte der Verwalter, da er eine Erklärung in fremdem Namen abgeben wollte, diesen Willen aber weder ausdrücklich, noch stillschweigend bei der Erklärung kund gibt und sich somit über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befindet, diese nach § 119 BGB. anfechten. Da aber die Vertretungsmacht des Konkursverwalters auf Gesetz beruht gemäß § 6 KO. so schließt § 164 Abs. 2 BGB. dieses Anfechtungsrecht aus. Die Erklärungen gelten als vom Erklärenden im eigenen Namen abgegeben und ihre rechtlichen Wirkungen treten in seiner Person ein. Der Verwalter erwirbt die Rechte für sich, nicht derjenige, den er vertreten wollte. Der Verwalter ist selbst Kontrahent und haftet allein persönlich dem Dritten. Dies entspricht der Billigkeit, denn der Dritte hätte z. B. bei Überschuldung der Masse das Rechtsgeschäft mit dem Verwalter nicht vorgenommen, wenn ihm der Wille seines Gegenkontrahenten, nur als Verwalter zu handeln, erkennbar geworden wäre. Dem Konkurszweck entsprechend, vertritt der Konkursverwalter nicht die Gesamtpersönlichkeit des Gemeinschuldners (der Gemeinschuldner bleibt an sich rechts- und handlungsfähig), er vertritt ihn nur in der Befugnis, die Konkursmasse zu verwalten und darüber zu verfügen. Diese Vertretung ist aber nur so weit möglich, als nicht nach bürgerlichem Rechte zur Ausübung von Rechten der eigene

---

[1]) § 170 ff. BGB.

[2]) 2368 mit 2365 ff BGB.

[3]) Mot. IV, S. 1079 ff.

[4]) § 164 BGB.

persönliche Wille des Gemeinschuldners nötig wird, und so eine Vertretung durch andere ausgeschlossen ist. Die Grenzen der Befugnisse des Verwalters werden durch den Zweck des Konkurses festgelegt. Durch die Befriedigung der Gläubiger wird dieses Ziel erreicht[1]). Jedoch ist im § 6 Abs. 2 KO. („das Verwaltungs- und .... ausgeübt,") ein diesbezüglicher Zusatz (die Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners erfolgt zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger) absichtlich nicht gemacht, damit, wie die Motive sagen[2]), nicht das Mißverständnis erwachse, „als ob die Gültigkeit der Verfügung des Verwalters in ihrer Zweckmäßigkeit eine allgemeine rechtliche Schranke finden sollte. Das darf nicht geschehen ....., sonst würde alle Sicherheit des Verkehrs aufhören."

§ 59, I KO. bestimmt nun, daß Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Verwalters entstehen, Masseschulden sind. Der Verwalter verpflichtet also die Masse als der zur Verfügung Berechtigte, sowie jeder Vertreter, das seiner Verfügungsmacht unterliegende Vermögen. Die Haftung der Masse beschränkt sich aber nach § 164 BGB. auf die Willenserklärungen, die der Verwalter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsbefugnis abgibt. Eine Masseschuld kann daher nur aus solchen Rechtshandlungen des Vertreters entstehen, die er innerhalb seiner Vertretungsbefugnis vorgenommen hat. Liegt die Handlung innerhalb seiner Vertretungsbefugnis, so ist die Handlung auch dann für die Masse verbindlich, wenn er das Interesse der Masse culpos oder schlecht vertreten hat[3]). Daher ist auch eine arglistige Einwirkung des Konkursverwalters auf Dritte zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes, die Erregung eines Irrtums von der Masse zu vertreten. Die Entschädigungsansprüche für diese rechtswidrig oder fahrlässig in Vertretung der Masse begangenen Handlungen des Konkursverwalters sind Masseschulden[4]).

---

[1]) RG. Bd. 29, S. 82; Bd. 35, S. 121.

[2]) Motive, S. 34; Hahn, 1881, S. 60.

[3]) RG. Bolze IV, 1574.

[4]) RG. Bd. 2, S. 269; JW. 1887, S. 14.

Für alle Handlungen des Konkursverwalters, die er innerhalb seiner Verwaltungsbefugnisse vorgenommen hat, haftet er daher Dritten persönlich nicht. Hinsichtlich der unerlaubten Handlungen, zu deren Vornahme er in abstracto die Verwaltungsmacht hat, genügt hier die Feststellung, daß sie ebenfalls Masseschulden sind. Ob und wie auch der Konkursverwalter persönlich für derartige Handlungen haftet, wird eine spätere Untersuchung in § 17 zeigen.

Wie stellt sich die Haftung des Konkursverwalters Dritten gegenüber, wenn er seine Befugnisse überschritten hat? Zu beachten ist hierbei, daß die Bestimmungen der §§ 133—135 KO. gemäß § 136 KO., die Konkursvollmacht des Verwalters nicht einengen. Verfügungen im Rahmen seiner Vertretungsmacht sind auch dann voll wirksam, wenn sie ohne die erforderliche Genehmigung oder trotz deren Versagung, oder wenn sie ohne zuvorige Verständigung des Gemeinschuldners oder ungeachtet eines gerichtlichen Verbots vorgenommen worden sind. Die §§ 133—135 KO. sind nur Maßregeln der internen Verwaltung. Die §§ 133—135 KO. beeinträchtigen die Gültigkeit der vom Verwalter vorgenommenen Rechtsgeschäfte und die Wirksamkeit einer Masseschuld Dritten gegenüber in keiner Weise[1]). Die Motive (II. S. 356) sagen: Unmöglich kann dem Publikum die Prüfung zugemutet werden, ob ein Gläubigerausschuß bestellt ist und ob vorschriftsmäßig dessen Genehmigung von dem Konkursverwalter zum Abschluß des vorliegenden Geschäftes eingeholt ist. Die Nichtbeobachtung der §§ 133—135 KO. hat nur für den Verwalter zivilrechtliche und disziplinäre Folgen.

Da die Vorschriften nur innerrechtliche Bedeutung haben, so braucht weder der Verwalter ihre Beobachtung dem Geschäftsgegner nachzuweisen, noch braucht sich der Dritte nach ihrem Vorhandensein zu erkundigen. Ja selbst positive Kenntnis des Dritten, daß eine Verletzung der §§ 133—135 KO. vorliegt, beschränkt die Gültigkeit eigenmächtiger Handlungen des Verwalters nicht, denn die uneingeschränkte Fassung des

[1]) RG. Bolze 21, 871.

§ 136 KO. läßt keinen Raum für die Annahme, daß der Konsensmangel eines „gutgläubigen" Dritten unschädlich sei. Daß der Dritte besonders als Teilnehmer einer unerlaubten Handlung schadenersatzpflichtig werden kann, ist eine Sache für sich. Dagegen sind Rechtshandlungen des Verwalters, die außerhalb seiner gesetzlichen Vollmacht liegen, für die Masse unverbindlich[1]). So überschreiten z. B. reine Schenkungen, die nicht auf einer sittlichen Pflicht beruhen oder ungesetzmäßige Bevorzugung eines Gläubigers, seine Befugnisse als Konkursverwalter[2]). Auch wenn der bisherige Verwalter nach Beendigung seines Amtes, gleichgültig ob diese durch Konkursbeendigung oder durch Bestellung eines neuen Verwalters eintritt, für die Masse Rechtsgeschäfte abschließt, so wird er doch, selbst wenn er die Bestellung noch in den Händen hat, als falsus procurator tätig, da die mißbräuchliche Fortbenutzung der Bestallung den redlichen Dritten keinen Schutz gewährt und keinen Einfluß auf die Masse hat[3]). Der Konkursverwalter handelt als Vertreter, ohne Vertretungsmacht und haftet Dritten nach den Bestimmungen der §§ 177—179 BGB. allein und persönlich. Eine nähere Untersuchung dieser Haftung des Konkursverwalters kommt für die vorliegende Aufgabe nicht in Betracht, da der Verwalter in diesen Fällen nicht als Konkursverwalter haftet, sondern den Interessenten lediglich als Dritter gegenübersteht.

§ 17. Haftung des Konkursverwalters gegenüber andern, für unerlaubte Handlungen, im Sinne der §§ 823 ff. BGB.

Schließlich besteht noch die Frage, ob und in welcher Weise der Verwalter Dritten gegenüber persönlich haftet, wenn er bei Ausübung des ihm übertragenen Rechtes eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. begeht und dadurch einem dritten einen Schaden zufügt.

---

1) RG. Bolze, 17, 854.

2) RG. 29, 80; Seufferts Arch., Bd. 42, S. 126.

3) Prot. IV, S. 834.

In dem 25. Titel des BGB. werden unter der Überschrift „unerlaubte Handlungen“ zwei verschiedene Arten von unerlaubten Handlungen zusammengefaßt. Einerseits die wirklichen unerlaubten Handlungen, bei denen Rechtswidrigkeit und subjektives Verschulden die Voraussetzung für die Begründung einer Schadenersatzpflicht bilden, andererseits auch weitere Fälle selbständiger Schadenersatzhaftung, bei denen diese Voraussetzungen nicht unbedingt vorhanden sein müssen. Bei der Ausübung der dem Konkursverwalter übertragenen Verwaltungs- und Verfügungsrechte können beide Arten dieser unerlaubten Handlungen von ihm begangen werden.

1.) Der entstandene Schaden kann auf ein Verschulden des Konkursverwalters zurückzuführen sein, das in einem Tun oder Unterlassen besteht; z. B. der Konkursverwalter begeht zu Gunsten der Masse einen Diebstahl, oder er unterläßt es, einem ihm bekannten Schaden an einem zur Masse gehörigen Gebäude wiederherstellen zu lassen, und ein Vorübergehender wird durch den Einsturz des schadhaften Gebäudes verletzt.

2.) Ein Verschulden des Konkursverwalters kann auch völlig fehlen. Es gehört ein kostbarer Luxushund zur Masse. Der Konkursverwalter ist also die Person, welche das Tier hält! Der Hund verursacht einen Schaden, auf welchen nicht der Abs. 2, § 833 BGB. Anwendung findet. Hier handelt es sich dennoch um eine unerlaubte Handlung im Sinne des 25. Titels des BGB., welche eine Schadenshaftung begründet, ohne daß den Konkursverwalter als Halter des Tieres irgend ein Verschulden trifft.

Der § 59,1 KO. bestimmt, daß alle Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen, zu den Masseschulden gehören. Gehören nun zu den „Handlungen“ im Sinne des § 59,1 KO. auch „unerlaubte Handlungen“, und begründen sie infolgedessen eine Masseschuld? Der § 59 KO. setzt voraus, daß eine Handlung erfolgt ist, die der Konkursverwalter als solcher vorgenommen hat. Der Konkursverwalter muß innerhalb seiner Macht-

befugnisse als Konkursverwalter in der Ausübung seiner Verwaltungs- und Verfügungsrechte gehandelt haben. Entstehen jedoch durch Handlungen des Konkursverwalters Ansprüche gegen ihn, und sind diese Handlungen außerhalb seiner Stellung als Konkursorgan erfolgt, so wird durch sie die Masse nicht berührt.

Wenn z. B. der Konkursverwalter unbefugt auf einem zur Masse gehörigen Reitpferd spazieren reitet und einen Fußgänger verletzt, so entsteht zwar der Anspruch des Verletzten aus einer Handlung des Konkursverwalters, jedoch ist es keine Masseschuld, da der Konkursverwalter diese unerlaubte Handlung außerhalb seines Verwaltungsrechts begangen hat. Wenn dagegen der Konkursverwalter das Reitpferd im Interesse der Masse benützt, so erzeugt selbst auch dann diese Handlung eine Masseschuld, wenn sie sich als unzweckmäßiger Verwaltungsakt, sogar als fahrlässiges oder ehrloses Verhalten erweist. Eine Masseschuld wird auch durch die arglistige Einwirkung des Konkursverwalters auf einen Dritten zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes oder durch Erregung eines Irrtums erzeugt. Das Reichsgericht [1]) hat entschieden, daß eine Masseschuld entsteht, wenn der Konkursverwalter eine fremde Sache ergriffen hat und die Rückgabe dem Eigentümer verweigert. Erforderlich ist aber immer, daß der Anspruch aus der Handlung des Konkursverwalters gegen die Konkursmasse sich richtet, d. h., daß die Masse, nicht der Verwalter als Person berechtigt wird. Unwesentlich ist aber, ob der Anspruch unmittelbar oder nur mittelbar aus der Handlung des Konkursverwalters entsteht.

Handlung ist eine Aeußerung des Willens, mag sie erlaubt oder unerlaubt sein. Da der Gesetzgeber im § 59, 1 KO. schlechthin von Handlungen spricht, so müssen unter diesen Begriff auch die unerlaubten Handlungen des Konkursverwalters fallen. Den Handlungen des Konkursverwalters sind seine Unterlassungen gleichzustellen, denn jede Willensäußerung kann positiv, und so als Handlung im engeren

[1]) B. II. S. 269.

Sinne, oder negativ als Unterlassung, als Erscheinungsform des Willens der Außenwelt kundbar werden.

Gemäß § 6 KO., der dem Konkursverwalter ein unbeschränktes Verwaltungsrecht gibt, folgt, daß die Konkursmasse für jede Handlung und Unterlassung des Konkursverwalters, auch für die unerlaubten haftet, da auch sie als Ausfluß der ihm übertragenen Verwaltungsbefugnis erscheinen. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen einer durch den Konkursverwalter bei seiner Verwaltung begangenen unerlaubten Handlung oder Unterlassung stellt sich also als Masseschuld im Sinne von § 59, 1 KO. dar, für die die Konkursmasse haftet. Der Verletzte kommt aber nur als Massegläubiger, nie aber als Konkursgläubiger in Betracht, weil sein Anspruch erst während des Konkursverfahrens entsteht.

Eine unmittelbare persönliche Haftung des Konkursverwalters gegenüber den Massegläubigern, die erst durch eine unerlaubte Handlung des Konkursverwalters Massegläubiger geworden sind, läßt sich aus den Bestimmungen der Konkursordnung nicht herleiten, mag selbst die betreffende Handlung durch das Verschulden des Konkursverwalters verursacht worden sein. Allerdings sind die Massegläubiger „Beteiligte“ im Sinne des § 82 KO., aber sie können wegen der Verletzung der in diesem § geforderten Sorgfalt den Konkursverwalter nicht persönlich haftbar machen, denn ihnen entsteht der Schaden durch die unerlaubte Handlung des Konkursverwalters in dem Augenblick, als sie noch garnicht Massegläubiger sind. Daher gehören sie in dem Augenblick, als der Schaden eintritt, keinenfalls zu „den Beteiligten“ des § 82 KO.

Durch die Haftung der Konkursmasse wird aber die persönliche Haftungspflicht des Verwalters gegenüber den Verletzten für die bei der Verwaltung der Masse begangenen unerlaubten Handlungen nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts in all den Fällen nicht berührt, wo ein Verschulden des Konkursverwalters vorliegt.

In diesen Fällen steht dem Verletzten das Recht zu, auch gegen den Konkursverwalter unmittelbar persönlich seine Er-

satzansprüche geltend zu machen. Er haftet nach der allgemeinen Vorschrift der §§ 823 ff. BGB., da er wenigstens fahrlässig, d. h. unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, das Leben, den Körper, die Gesundheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen verletzt. Trifft dagegen den Konkursverwalter kein Verschulden, so kann er, weil er bei der Verwaltung der Masse stets nur für den Gemeinschuldner handelt, für solche unerlaubte Handlungen, die trotz mangelnden Verschuldens eine Haftung begründen, nicht persönlich haftbar gemacht werden.

Die Untersuchung der Frage, in welcher Weise der Verwalter Dritten gegenüber persönlich haftet, wenn er bei Ausübung des ihm übertragenen Rechtes eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. begeht und dadurch Dritten einen Schaden zufügt, ergibt folgendes Endergebnis. Wenn man von den Fällen absieht, in denen den Verwalter kein persönliches Verschulden trifft — denn dann haftet nur die Masse auf Grund der Konkursordnung — hat der Verletzte die Wahl, an wen er sich halten will. Immer kann er die Masse als Träger der Masseverbindlichkeiten nach den Vorschriften der Konkursordnung in Anspruch nehmen. Jedoch wird eine unmittelbare persönliche Haftung des Konkursverwalters für die von ihm bei der Verwaltung der Masse begangenen unerlaubten Handlungen nach den Vorschriften des BGB., durch die Haftung der Masse nicht ausgeschlossen. Masse und Verwalter sind Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB., da mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Denn gesetzt den Fall, daß der Verletzte von dem Gesamtschuldner, welchen er wegen seiner Schadenersatzforderungen zuerst in Anspruch genommen hat, keine Befriedigung erhält, so hat er das Recht, sich nun an den anderen zu halten. Angenommen, der Verletzte wendet sich als Massegläubiger zuerst an die Masse und macht als solcher seine Ansprüche aus der Konkursordnung dem Verwalter

gegenüber geltend, so kann, wenn auch gemäß § 57 KO. Masseschulden vorweg aus der Masse zu tilgen sind, es sich doch ereignen, daß bei einem länger schwebenden Verfahren im Falle einer Abschlagsverteilung der zu zahlende Prozentsatz bereits zur Zeit der Entstehung des Masseanspruches festgesetzt ist, und daher gemäß § 172 KO. der Masseanspruch nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden kann, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes nötig ist. Wenn daher nicht genügend Masse vorhanden ist, so kann der Verletzte sich immer noch gestützt auf die Vorschriften des BGB. an den Konkursverwalter persönlich halten und gegen diesen seine Schadenersatzansprüche geltend machen.

Literatur-Verzeichnis.

Bähr: In den Jahrb. für Dogmatik IV, VI.
v. Bayer: Theorie des Konkursprozesses nach gemeinem Recht, 1850.
Brinz: Kritische Blätter, Heft 2, 1852.
Brunnemann: De process. conc. creditor. cum. not. Strykii 1693.
Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, 1852.
Claproth: Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, 1777.
Cujacius: Opera ed Neap.
Curcius: im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 58.
Dabelow: Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger, 1801.
Danz: Grundsätze der summarischen Prozesse, 1806.
Dernburg: Das bürgerliche Recht, 1906.
Endemann: a) Die Entwickelung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zur deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877, in Zeitschrift f. DZP., Bd. 12.
b) Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl.
Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1887.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl., 1902.
Fitting: Reichskonkursrecht, 1904.
Fuchs: Das Konkursverfahren, 1863.
Gierke: a) Deutsches Privatrecht (Bindings Handbuch) 1895.
b) Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1889.
Goltdammer: Kommentar zur KO, 2. Ausgabe, 1858.
Hagemann: Praktische Erörterungen, Bd. 12.
Hahn: Die gesamten Materialien zur KO., 1861.
Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.
Hellmann: a) Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes, 1907.
b) Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, 1882.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 1903.
Heusler: Die Bildung des Konkursprozesses nach schweizerischen Rechten in d. Zeit. f. schw. R. B VII, p. 117f. Basel 1858.
Hupka: Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.
Jaeger: Kommentar, 1902.
Jhering: In den Jahrbüchern für Dogmatik IV.

Keller-Wach: Der römische Zivilprozeß und die Aktionen, 1883.
Kohler: a) Lehrbuch des Konkursrechtes, 1891.
b) Leitfaden des deutschen Konkursrechtes, 1903.
Kornemann: Theoretisch-praktische Abhandlungen über den Konkursprozeß, 1798.
Kraft: Praktische Anmerkungen über den Konkursprozeß, 1786.
Laband: In der Zeitschr. f. d. ges. HR., Bd. 10.
Ludovici: Einleitung zum Konkursprozeß, 1709.
Makeldey: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, 1831.
Mandry-Geib: Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze, 1898.
Mühlenbruch: Pandekten, 1835.
Neumann: Handausgabe des BGB., 1900.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1891.
Petersen-Kleinfeller: Kommentar 1890 und 1900.
Puchta: a) Pandekten, 11. Aufl., 1871.
b) Vorlesungen, 6. Aufl., 1874.
c) Über den Konkursprozeß, 1827.
Regelsberger: Pandekten (Bindings Handb.), 1893.
Reinhardt: Die Lehre vom Gant und Gantverfahren, 1819.
Rintelen: Das Konkursrecht 1902.
Salgado: Labyrinthus creditorum concurrentium. Antwerpen 1653.
Sarwey-Bossert: Kommentar, Konkursordnung, 1896, 1901.
Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heut. röm. Rechts.
Seuffert: a) Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.
b) Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, 1888.
c) Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, 1868.
Schmid: Handbuch des gemeinen deutschen Konkursprozesses, 1845.
Schultze A. S.: Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880.
Schweppe: Das System des Konkurses der Gläubiger.
Staub: Positiones de iudici concursus universalis vulgo Gantprozess, 1677.
Stepf: Lehre vom Kontradiktor, 1821.
Stieglitz: Kommentar KO., 1879.
Stobbe: a) Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, 1888.
b) Handbuch des deutschen Privatrechts, 1898.
Stumpff: Die rechtliche Bedeutung des von einem vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages. Erlangen 1900.
Struckmann-Koch: Kommentar zur ZPO. 8. Aufl. 1901.
Unger: Handeln auf eigene Gefahr. 2. Aufl.
Vangerow: Pandekten, 7. Aufl. 1863/69.
v. Völderndorff: Kommentar zur KO. 2. Aufl. 1885.
Wach: a) Arrestprozeß, 1888.
b) Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 1885.

v. Wächter: Pandekten.
Waentig: Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen, 1875.
Wetzel: System des ordentlichen Zivilprozesses.
Willenbücher: Kommentar KO. 1885 u. 1909.
Wilmowski: Kommentar KO. 1898 u. 1906.
Windscheid: Pandekten, 6. u. 8. Aufl.
Wolff: Kommentar, KO. 1900.
Zimmermann: Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, Straßburg 1876.

Lebenslauf.

Am 17. September 1883 wurde ich, Paul Beyer, kath. Konfession, als Sohn des damaligen Ober-Grenz-Kontrolleurs Emanuel Beyer und seiner Ehefrau Valentine, geb. Wieschollek in Beuthen OS. geboren.

Ich besuchte die Gymnasien zu Guben, Frankfurt a. O. und Fürstenwalde a. Spree. Am 3. September 1904 verließ ich das Gymnasium zu Fürstenwalde a. Spree mit dem Zeugnis der Reife und trat bei dem 4. Schlesischen Infanterie-Regiment Nr. 157 in Brieg als Fahnenjunker ein. Durch Allerhöchste Kabinettsordre vom 27. Januar 1906 wurde ich nach erfolgreichem Besuch der Kriegsschule zu Danzig mit einem Patent vom 21. Juli 1904 zum Offizier befördert und am 17. November 1906 auf mein Gesuch zu den Reserve-Offizieren des Regiments überführt, denen ich noch jetzt angehöre. Am 11. Dezember 1906 wurde ich bei der Juristischen Fakultät der Universität Breslau immatrikuliert und studierte an dieser Universität 6 Semester die Rechts- und Staatswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 13. Dezember 1909 und am 28. Januar 1910 die mündliche Doktorprüfung.

Am 1. Februar 1910 wurde ich zum Referendar ernannt und bin gegenwärtig am Königlichen Landgericht Breslau beschäftigt.